شرح فتح القدير
للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

المجلد الثامن

دار
احياء التراث العربي
بيروت - لبنان




مؤسسة عبد الحفيظ البساط
بيروت لبنان
تلفون ٢٤٢٥٩٢
لتجليد وتصنيع الكتاب

شرح فتح القدير
للعاجز الفقير

شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار احياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الجزء الثامن



(الجزء الثامن)

من شرح الهداية وهو نتائج الافكار
فى كشف الرموز والاسرار لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملى وهى تكملة فتح القدير
للمحقق الكمال بن الهمام رحمهم الله تعالى مع بقية الكفاية
لمولانا جلال الدين الخوارزمى الكرلانى على الهداية شرح
بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبى
الحسن على بن عبد الجليل أبى بكر المرغينانى
الرشدانى المتوفى سنة ٥٩٣ فى
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبى حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبى و بسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية ونتائج الافكار التكملة والكفاية فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(قال فى كشف الظنون)

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ماصنفوا قبلها فى الشرع من كتب
فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه
أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

دار احياء التراث العربي

(كتاب الاجارات)
لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو

(كتاب الاجارات)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الاجارات)

(كتاب الاجارات)

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان فى الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا فى الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى أنها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد فى قوله ذات أفراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم تحصل فائدة فى جمعها اذ لا يحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصى أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى أنها ذات أفراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان أراد بالافراد فى قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب الضعيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فمما لا ينبغى بان يرتكب و يبنى عليه كلام المصنف الذى هو علم فى التحقيق فالحق عندى أن يقال انما جمعها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلاثة هى التى أشير اليها فى الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتى تفصيلها عن

(كتاب الاجارات)

(الاجارة

الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشرعا قوله وانما جمعها اشارة الى أنها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل تحمل أثقاله الى بلد لم يكن بالغه الا بشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها

وأما شرطها فمعلومية البدلين وأما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكر ان شاء الله تعالى

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا فى أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح فى الشرع فى عامة الشروح بل المتون بانه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض و بدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعى ههنا فى شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه فى كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه أيضا صرح فى أول النكاح بانه عقد يرد على تمليك المتعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز فى الاباحة فان من أباح شيأ فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتد به و يلتفت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من انه سبب الملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعى ومقتضى الثانى عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال فى دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال فى أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة فى الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافى والشراح هنالك وعن الكرخى انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض فى النكاح أجرا بقوله تعالى فآتوهن أجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا مؤقتة فبينهما منافاة فانى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض أو بانها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل تقف وقال فى غاية البيان و ينبغى أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله اه (أقول) وهذا أيضا ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع فى الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب فى القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من أنه سبب للملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصدا الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلى وان عمم فلا حاجة الى التقييد

مباحث الاجارة لغة مذكورة فى المغرب وغيره على الاستقصاء (قوله الاجارة عقد يرد على المنافع) احترز به عن بيع الاعيان (قوله بعوض) احترز به عن العارية

قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ) بين المفهوم الشرعى قيل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هى دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أى المنافع التى ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال

لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهى معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره

لاجارة على الوجه المذكور يحتمل قطعا (قوله لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) قال الشارح العينى قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهى ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام اهـ (أقول) النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور فى كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا أمر آخر وراءها الذى هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالى حتى كتبته فى مسوداتى من تلقاء نفسى قبل ان أرى ما كتبه غيرى وأما الجواب الذى ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره فى صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدى شيأ فى الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر فى علم الادب ان مصدر الثلاثى سماعى لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضى كون الاجارة أيضا مصدرا من أجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من أهل اللغة لا فى الاحتمال العقلى على أنه لو سلم مجئ الاجارة فى اللغة مصدرا من أجره اذا أعطاه أجره كمجئ الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا فى اللغة بيع المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة فى اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم اهـ (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعى أولى بالتقديم بناء على أنه فى بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى فى جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى أو مخالفا له مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الاصل المتقدم فالوجه عندى ههنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة فى الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة فى الشرع هو معناها فى اللغة ومعناها فى اللغة بيع المنافع ولا يخفى أن هذا المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل الا أنها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر اهـ (أقول) فى تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا أنها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر أن ينحصر دليل شرعيتها فى الاثر والا لم تكن فائدة فى ذكر قيد الاثر فى الموضعين وليس ذلك بمنحصر فى الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر فى الكافى وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتامل (قوله وهى قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحته (أقول) لقائل أن يقول سيأتى فى باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعى مامور باعطائه من

(قوله واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح) لان المعدوم ليس بمحل العقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بانه معقود عليه ولانه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بانه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاوضات لا تحتمل الاضافة كالبيع

وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهى غير موجودة فى الحال لم يقتض القياس جوازها الا أنها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره فى الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وفيه زيادة بيان أن معلومية

قال المصنف (لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) أقول فيه بحث أما أولا فلانه لا بد من ضميمة لهذا التعليل حتى يتم كان يقال ولم يثبت نقله فى الشرع الى معنى آخر وأما ثانيا فلانه مخالف لما فى كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للاجرة (قوله لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة) أقول فيه بحث (قوله فالشرعى أولى بالتقديم) أقول فيه بحث قال المصنف (والقياس يابى جوازه) أقول ذكر الضمير الراجع الى الاجارة باعتبار أنها عقد قال المصنف (وقد شهدت بصحتها الآثار وهو الخ) أقول هو راجع

وتنعقد

وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر فى حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة

قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر فى الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المامور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا فى الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء لا بد أن يتامل فى هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فاى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اهـ كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد عن انعقاد العلة ساعة فساعة فى كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تاخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا لكلامهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانه يجوز أن تنفك عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلامهما والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى هنا كلام صاحب الغاية فكأن ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أو لم يقنع به وكلاهما مما لا ينبغى كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستاجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد فى المقدار المعين اهـ كلامه وقد تبعه العينى (أقول) فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد فى ذلك المقدار المعين كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ أن تنعقد فى الساعة الاولى وهى ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن

(قوله والدار أقيمت مقام المنفعة فى اضافة العقد اليها) هذا عندنا ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمل العقد يظهر فى المنفعة ملكا واستحقاقا أى يثبت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعة فعقد الاجارة ينعقد شيأ فشيأ حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافة الى ما يثمر من نخله والطلاق المضاف الى شهر بخلاف بيع العين فان الملك فى العين يثبت فى الحال ويتأخر الاستحقاق الى زمان نقد الثمن وعند الشافعى رحمه الله يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعى محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد واللزوم وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد * وما ذهبنا اليه من اقامة الدار مقام المنفعة أولى لان جعل السبب مقام المسبب أمر شائع فى الشرع أما جعل المعدوم موجودا فخلاف الاصل اذ العدم مع الوجود متنافيان ولهذا أقيمت المرأة مقام ما هو المقصود من النكاح فى حكم العقد وأقيمت الذمة التى هى محل للمسلم فيه مقام ملك المعقود عليه فى حكم جواز

الاجر شرط جوازها (وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) لانها هى المعقود عليه فالملك فى البدلين أيضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضى التساوى والملك فى المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فى بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستاجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول) الزاما للعقد فى المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره فى حق المنفعة) يعنى يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة (ملكا واستحقاقا) يعنى يثبتان معا (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين

الى الاثر أو الآثار والتذكير باعتبار الخبر قال المصنف (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول لا بد أن يتأمل فى هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام

فان الملك فى المبيع يثبت فى الحال و يتأخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما فى البيع بشرط الخيار

(ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه فى الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن فى البيع فاذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الاصل أولى بذلك (ولان الجهالة فى المعقود عليه وبدله تفضى الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمنا فى البيع صلح أن يكون أجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح أجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا

المنفعة يتحقق الانعقاد فاى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك قال المصنف (وماجاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الاجارة) أقول قال فى المحيط البرهانى الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمنا فى البياعات يصلح أن يكون أجرة فى الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمنا فى البياعات لا يصلح ان يكون أجرة فى الاجارات الا المنفعة فانها تصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا اه وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

(ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا ولان الجهالة فى المعقود عليه و بدله تفضى الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع (وماجاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان

ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد فى المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل فى الكافى وسائر الشروح سيما فى غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه هو أن العقد لابد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد هنا هى المنافع وهى معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها مقام المنافع التى ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة فى افادة الحكم وهو ملك المنافع التى ستوجد اه فتدبر (قوله ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا

السلم * وهذا لان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا فى نفسه مقدور التسليم وللشارع ولاية ان يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة فى الرحم ولا حياة فيها كالحى حكما فى حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحى حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب وأقرب من هذا السلم فانه بيع المعدوم حقيقة لكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما فى حق جواز السلم رخصة وترفيها باعتبار ثبوته فى الذمة وجعل ذلك الثبوت فى الذمة قائما مقام العين القائم حال العقد كذا هنا والله تعالى ان ينصب الاحكام ولا يشرك فى حكمه أحدا لكنا نقول جواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدومة تجعل موجودا حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانه عرض لا يتصور بقاؤه وقتين وما لا بقاء له كيف يتصور تسليمه بحكم العقد فلا يكون محلا لعقد المعاوضة بل باعتبار ان عين الدار المنتفع بها أقيم مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب ليرتبط الايجاب بالقبول ثم انعقاد العقد فى حق المعقود عليه فى حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع * وهذا لان اقامة السبب مقام المسبب أصل فى الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل الى غير ذلك من النظراء ولا عهد لنا فى الشرع ان يجعل المعدوم موجودا مع ان فيه قلب الحقيقة ولم يكن الجواز فى السلم بطريق ان المسلم فيه أخذ حكم العين بل باعتبار ان الذمة التى هى محل للمسلم فيه أقيمت مقام المسلم فيه فى حق جواز السلم أو باعتبار ان المسلم فيه أعطى له حكم الثمن على انه يقدر الشئ حكما اذا كان يتصور حقيقة والمسلم فيه يتصور وجوده حقيقة فيمكن تقديره حكما والمنافع التى تحدث فى المدة لا يتصور وجودها جملة حقيقة فلا يتصور حكما وكذا الحى يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة * ثم للشافعى رحمه الله مسائل على هذا الاصل * منها ان الاجرة تملك بنفس العقد وتستوفى للحال لانه أعطى للمنافع المعدومة حكم الموجود المملوك فى صحة الاجارة فيصير بمنزلة بيع عين موجود والبيع المطلق يوجب الملك فى الثمن حالا ومنها اذا آجر داره شهرين فلم يسلم شهرا وأراد التسليم فى الثانى لم يجبر على التسلم كما اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ولم يسلمهما حتى هلك أحدهما فان المشترى يتخير فى قبض الباقى ومنها اذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل و ورثت المنافع وكذلك الموصى له بسكنى الدار اذا مات ورثت عنه السكنى لانها صارت للموصى له ومنها ان المولى اذا آجر عبده سنة ثم أعتقه بقى العقد لان منافعه صارت فى حكم المملوكة للمستأجر والخارجة عن حكم المولى والعبد فلا تصير له بالعتق وكذا الوصى اذا آجر اليتيم سنة ثم بلغ اليتيم لم يملك نقضه كما لو كان باع ماله (قوله ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا) وهو قوله عليه السلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا الحديث بعبارته دل على اشتراط اعلام الاجرة و بدلالته على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هو المعقود

فهذا

كالاعيان التى هى ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل و يمكن أن يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا (قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع الخ (لا ينفى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لانه عوض مالى) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ و يمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التى تجب فى الذمة بخلاف الاجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لابد أن تكون معلومة فى الاجارة فلابد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضى للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين أفضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا

فهذا اللفظ لا ينفى صلاحية غيره لانه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أى مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أى مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى

كالاعيان) أى كالاعيان التى ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر فى البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التى ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا فى الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل و يمكن أن يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا النظر شئ ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب فى الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافى وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالى فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب فى الذمة فيختص بما يثبت فى الذمة ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك فى عدم صلاحية الاعيان التى ليست من ذوات الامثال لان تكون ثمنا بهذا المعنى ولا فى عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال فى أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها و يسمى مقايضة و بيعها بالدين أعنى الثمن و بيع الثمن بالثمن كبيع النقدين و يسمى الصرف وبيع الدين بالعين و يسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن و جعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة مالا ثمن فيه أصلا نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه فى المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذى لا يتحقق البيع بدونه و يبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن فى قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان فلا يرد النظر المزبور عليه جدا وأما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذى ذكره المصنف وحاشاه * ثم أقول بقى ههنا شئ وهو ان لقائل أن يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن فى قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا هو ما يجب فى الذمة وان تمثيله ما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا أنه لم يحمل الثمن الواقع فى لفظ القدورى وهو قوله وماجاز أن يكون ثمنا فى البيع

عليه فى عقد الاجارة والاجرة معقود به وفى العقود الاصل هو المعقود عليه وأما المعقود به فيجرى مجرى التبع فلما اشترط اعلام التبع كان اشتراط اعلام المتبوع أولى فكان اشتراط اعلام المنافع ثابتا بدلالة الحديث فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط اعلام المنافع واعلام الاجرة (قوله كالاعيان) نحو العبد والثياب (قوله فهذا اللفظ لا ينفى صلاحية غيره) وهو قوله وماجاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة لان الاجرة عوض مال فكل ما هو مال وصلح عوضا صلح أجرة أما الثمن فما يجب فى الذمة فيختص بما يثبت فى الذمة (قوله اذا كانت المنفعة لا تتفاوت) هذا احتراز عن استئجار الارض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح

(قوله كالحيوان والثياب مثلا) أقول قال فى المحيط البرهانى فى الفصل الاول من الاجارات واذا كانت الاجرة عروضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم وفى هذا كله اذا كانت الاجرة عينا فاعلامه بالاشارة واذا كانت الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كانت عينا اه (قوله أو ثيابا) يعنى بالثياب ما ليس له مثل كما علم من تقرير الشارح (قوله و يمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار فى الذمة كما لا يخفى

الأأن فى الاوقات لاتجوز الاجارة الطويلة كى لايدعى المستاجر ملكها وهى مازاد على ثلاث سنين هو المختار

جاز أن يكون أجرة على المعنى الذى يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعى الثمن الواقع فى قول صاحب الكنز وماصح ثمنا صح أجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ماذكره المصنف فى تعليل مسئلة القدورى بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يحتمل التعميم لصورتى الدين والعين كما ترى ويمكن أن يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن فى عرف الفقهاء هو معنى مايجب فى الذمة وكان لفظ القدورى غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضا فان مالايجوز أن يكون ثمنا فى البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لاتصلح ثمنا فى البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع فى مسئلة القدورى على ماهو المتبادر منه وقال تتميما لها تيك المسئلة ومالايصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادى فى شرح مختصر القدورى وهذا الذى ذكره ليس على وجه الحد وانه لايجوز غيره يبين ذلك ان الاعيان لاتكون اثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان تذكر فى تمثيل مالايصلح ثمنا ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدورى بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالى) أى لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالى فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا فى النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ماشرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ ويمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التى تجب فى الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب فى الذمة كانت الاجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف فى تعليل مسئلة القدورى فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لاثمن المنفعة قلنا فلقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع فى أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتامل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذى ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذلايجب العقار فى الذمة كما لايخفى اه (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ماقاله فى نظره السابق من انه لولم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلاثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب فى الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى مايجب فى الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لاخلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع فى تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى

العقد حتى يسمى مايزرع فيها الان مايزرع فيها متفاوت على مايجئ بيانه فى الكتاب (قوله وهى مازاد على ثلاث سنين وهو المختار للفتوى) المتولى اذا آجر الموقوف فان كان الواقف شرط أن لايؤاجر أكثر من سنة لاتجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث سنين أما الاجارة أكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشايخ بلخ رحمهم الله لاتجوز وقال بعضهم يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه أخذ الفقيه كذا فى التتمة والحيلة فى أن يجوز أكثر من ثلاث سنين يرفع الى الحاكم حتى يجوزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتى بالجواز فى ثلاث سنين فى الضياع الا اذا كانت المصلحة فى عدم الجواز وفى غير الضياع كان يفتى بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة فى الجواز وفى شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقودا متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة فيكتب استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقدا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازما والثانى غير لازم لانه مضاف كذا فى الذخيرة

اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التى جوزت الاجارة لها قدتمس الى ذلك وهى مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل فى البيع وأما اذا كانت بحيث لايعيش اليها أحد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظن فى ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن فى حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه آخرون منهم الخصاف لان العبرة فى هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ولامعتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق فى مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التابيد ليصح النكاح وان كان لايعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الأأن فى الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله

قال

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أوخياطته أواستاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولابد أن يكون العمل معلوما وذلك فى الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما فى أجير الوحد ولابد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا أراه ماينقله والموضع الذى يحمل اليه كانت المنفعة معلومة

الثانى دون المعنى الاول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفى بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لاتصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره فى استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة فى استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة فى استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ماأشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد فكما أن المنافع لاتصير معلومة فى النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فى النوع السابق ببيان المدة وفى النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لاتصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية مالابد منه من الامور اللازمة البيان كما أشير الى بعضها فى الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة فى هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لاترى عبارة بنفسه مذكورة فى شئ من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ماذكره الشراح وانما المذكور فى سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع فى الكنز والمختار أو بذكر العمل كما وقع فى الوقاية وبعض المتون (قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولابد من بيان الوقت) أقول فى هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر فى صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لايخفى * ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذى ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور فى نفس الكتاب وقد وسطه فى البين كما ترى وكان صاحب الكافى تنبه لسماجة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما فى أجير الوحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة أجير الوحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعى الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان اجارة أجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتى فى الكتاب ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هى عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لايتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل فى بعض الصور كرعى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله فى باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعى الاستئجار على الاعمال لايكون حجة على المصنف ولو مثل المصنف مايكون عقدا على المنفعة

(قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس العقد (قوله كما فى أجير الوحد) وفى بعض النسخ الاجير الوحد

أى مدة كانت وانما لاتجوز فى الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهى مازادت على ثلاث سنين هو المختار كى لايدعى المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لايؤاجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها (وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الاجارة كما اذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره أو استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعين والاشارة كما ذكر فى الكتاب

(باب الاجر متى يستحق) لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه مالم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك ومالا يملك لا يجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله

(باب الاجر متى يستحق) فيصح العقد

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوحد لغات التنبيه على ان اجارة أجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

(باب الاجر متى يستحق)

قال صاحب النهاية لما ذكر أن صحة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقتفى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة ألا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شئ منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شئ وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر وكالوصية فان الملك هناك أيضا يتأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا أما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس

والاصح هو الاول في المغرب أجير الوحد على الاضافة بخلاف الاجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد ومعناه أجير المستأجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحاء يصح لانه يقال رجل وحد أي منفرد والله أعلم بالصواب

(باب الاجر متى يستحق)

(قوله الاجرة لا تجب بالعقد) المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا أما اجمالا فان الاجرة لو كان عبدا فاعتقه المؤاجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع وأما تفصيلا فانه عقد معاوضة فيعتبر فيه المساواة ولم توجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذلك في جانب العوض فان قيل لو لم يكن نفس الوجوب ثابتا لما صح التعجيل

(باب الاجر متى يستحق) (قوله وجب افرادها) أقول أي افراد المخالفة قال المصنف (الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتعجيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عجل الاجرة فالمعجل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد واذا كانت دينا تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ماذكر في الجامع وكتاب التحري وبعضهم قالوا ماذكر في الاجارات قول محمد أولا وماذكر في الجامع والتحري قوله آخرا انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التعجيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول الشيوع لا يهمنا (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلا) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقرينة فممنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصا المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول ممنوع فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع وأما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد أي لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن الصحيح ماذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ماذكره في الاجارات قول محمد أولا وماذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية (أقول) تأييد ماذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شئ قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه مالم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك ومالا يملك لم يجب ايفاؤه وقال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تتحقق قرينة مخصصة وأما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التمليك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا أو دينا مما يملك واذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة

من المستأجر والابراء من المؤاجر قلنا انما صح ذلك نظرا الى انعقاد السبب فبالنظر الى انعقاد السبب يجب أن يكون الحكم مرتبا عليه كما في سائر العقود وانما التراخي للضرورة وبهذا يتقصى أيضا عن قول القائل ينبغي أن لا يصح شرط التعجيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب من جهة العباد لانا نقول لا نسلم بانه ليس بمقتضى العقد فان العقد يقتضيه كما في البيع الا أنه ترك بعارض وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد

وقال الشافعي تملك بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من

وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على مابينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية

التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل (قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل أن يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية على ماذكر في الكافي وعامة الشروح ثم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير اليه في عامة المعتبرات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لاتدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لايفيد مدعى الشافعي فان مدعاه أن الاجرة تملك في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ماذكره في كل من شقي ترديده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم

و يجب تسليمه عند تسليم الدار أو الدابة الى المستأجر لانها عقد معاوضة مطلقة يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما في انعقاد العقد اذ من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدور التسليم وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في

صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا أن العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على مابينا والعقد أي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا) أقول ولك أن تقول ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع و يحصل اتحاد محل الخلاف أيضا فان المراد بنفس العقد العقد الخالي عن المعاني الثلاثة و بتسليم العين المستأجرة الى المستأجر يجب تسليم الاجرة للمؤجر عند الشافعي فليتأمل وفي شرح الحاوي للقنوي اعلم أن الاجرة اذا كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في أنها ان شرط فيها التأجيل والتنجيم كانت مؤجلة أو منجمة وان شرط فيها التعجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها تعجلت أيضا وملك جميعها المكري بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتعجل بشرط التعجيل فيتعجل عند الاطلاق كالثمن انتهى (قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيده وان أراده من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وهذا

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لايخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوع وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه و يصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب وأما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله

كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لايفيد الملك في الحال كما مر وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لايكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والالم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم أولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما أيضا فالوجه الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ماذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لايخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلان حيثية كونه اجارة هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهل لايستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم أن تكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لايخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطا التعجيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل واشتراطه

الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب وهذا كالسلم فانه بيع المعدوم حقيقة ولكن الشرط جعل العين المعدوم حقيقة

(قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لايخالفه) أقول فيه بحث وكيف لايخالفه وقضيته المساواة وظاهر أن شرط التعجيل قبل ثبوت الملك في البدل الآخر يفوت المساواة نعم مطلق شرط التعجيل لاينافيها ولكن ذلك لايفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كما في البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان الابراء لايصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بالف درهم فقال أعتقت انتهى وفيه بحث فانه لايتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يعم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح الابراء لوجوده بعد السبب) أقول كالابراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لايدل عليه من دليل وفي البزازية تكاري دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز وذكر شيخ الاسلام ليس تفسيره أن يؤجر ابلا بغير عينها الى مكة فانه لايجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الحمولة وقد قال المستأجر احملني على ابل الى مكة أو احملني أو احمل هذه الحمولة فيكون المعقود عليه في الذمة و يفتى بالجواز للعرف انتهى وسهى من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه الا أنه ذكر في الحواشي الجلالية دليل على أن المنفعة لاتكون دينا فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لايلتزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزيلعي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا انتهى فتأمل في جميع ماذكر

لايخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة و بشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كما لايخفى والاولى في الجواب ماذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل في الاجارة لايخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضى التعجيل كالبيع الا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه و يصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كلام مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لايتمشى أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات مع أن كلا من البدلين معدوم هنالك قطعا فلا فرق في الجانبين أصلا كما لايخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد وجها آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل ايراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الابراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الابراء لايصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال أعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعني به شيأ آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لامزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني وأما ماذكره ذلك المورد في علاوته من حديث المخالفة لما

كالموجود حكما في حق جواز السلم كذا هنا قلنا هذا عقد معاوضة فيقتضى تقابل البدلين في الملك والتسليم أي يثبت الملك في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة المساواة ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد بل تراخى حكم العقد فيها الى حين وجودها فكذا الاجر وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف المعدوم به واذا لم علك المعقود عليه في الحال لو ملك البدل الملك بغير عوض وذا ليس بقضية المعاوضة و جواز العقد ليس لما ذكره بل باعتبار اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهو المنفعة ضرورة تصحيح العقد ليرتبط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد بل في حق

(واذا

(قوله واذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول باحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا او بدل أحد الاقسام لا يكون قسيما بذاته فاذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هنالك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة في هذا ليوم فذهب اليها بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد كمن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد

(قوله فاذا قبض الى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف اليه العقد فانه اذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف اليه العقد فاما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف اليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد

خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما لاجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصر الى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف اليه العقد فاذا ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد في المدة وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصر بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر اه (قوله ولم يستوفها وجب الاجر) أقول واذا استوفاها وجب بالطريق الاولى (قوله مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر المطابق لسياق كلامه ان يقول وسلمها بعد مضى اليوم فذهب اليها الخ (قوله كمن استأجر دابة في غير بغداد الى قوله بغداد الخ)

(واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام

سبق في كتاب الاقرار فليس بتام أيضا اذ لا مخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق * ثم أقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بان اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بان اكتفيا بان يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ماذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأى بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هنالك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الاسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تأمل ترشد (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك أو الاجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في

البدل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها) يعني اذا تمكن من الاستيفاء في المدة وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة أما في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة وقبضها وأمسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة

حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة أو سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة بلا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أولم يكن شيء من ذلك أصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب مالم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار واعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ماعقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اووجود المانع في

بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجوب الانفساخ في ذلك القدر قال (ومن استاجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لايخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أولا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللمؤجر أن يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي (وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم وهذا قول أبي حنيفة آخرا (وكان يقول أولا لايجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة) وماهو جملة في المدة لاتكون مسلمة في بعضها لان أجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما في المبيع فانه مالم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل

تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها قال (ومن استاجر دارا فللمؤجر أن يطالبه باجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التاجيل (وكذلك اجارة الاراضي) لما بينا (ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه باجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لايجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة

حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب بها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لايجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعد مضي المدة اه وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ماعقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اه كلامه (أقول) في آخر جوابه خلل أما أولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ماعقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة أيضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فعركاكة هذا المعنى كما لايخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور ولا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع وأما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب أيضا من القيود المقتصر عن ذكرها مع أن المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة

فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي رحمه الله تجب الاجرة في

أقول ولو ساقها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فامسكها ولم يذهب الى الكوفة لايجب الاجر أيضا عليهما (قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما) أقول وفيه بحث فان صورة الغصب مذكورة في كلام المصنف (قوله اعتمادا عليهما) أقول يعني دلالة الحال ودلالة العرف (قوله فانه مالم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أوثمن بثمن قيل لهما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح لعله سهو

كالخياطة فان الخياط لايستحق شيأ من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على أجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستاجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لايتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضي استحقاق

الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة) بين البدلين (الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمه فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما أفضى وجوده الى عدمه فهو منتف (فقدرنا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر) وهذا يشير الى أنه لو كانا ثوبين ففرغ عن أحدهما جاز أن يطلب أجرته لانه منتفع به (وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لايستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به

فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لايستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وماهو جملة في المدة لاتكون مسلمة في بعضها لان أجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما في المبيع فانه مالم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لايستحق شيأ من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اه (أقول) في قوله كما في المبيع فانه مالم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أوثمن بثمن قيل لهما سلما معا ففي الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا وأما أن لايستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فمما لم يقل به أحد والصواب ههنا ماذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لايتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع مابقي شيء من الثمن اه (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لايستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب

والحق عكس ماذكره كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه

الوجهين كذا في النهاية (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لايستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) يريد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية ففي المبسوط لو استأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ماخاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره ولكن نقل في التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رحمه الله اتبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني رحمه الله والله أعلم بما هو الحق عنده

في أول هذا الباب قال في الكافي فما لم يسلم كله لايجب تسليم شيء من الاجرة كما في البيع فانه لايتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع مابقي شيء من الثمن انتهى فليتامل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ) أقول ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خاط بعضه (قوله وجوبا) أقول يعني في الذمة (قوله الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول وأيضا تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله فقدرنا بما ذكرنا) أقول يعني قدرنا استحسانا

(الاأن يشترط التعجيل لمامر أن الشرط فيه لازم) قال فى النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استاجر خياطا مايخيط له فى بيت المستاجر فله الاجر بقدر ماخاطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر ايفاء الاجر بقدر مااستوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما فى الجمال ثم قال ولكن نقل فى التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر فى الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى فى هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على مانقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما فى كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

(قوله قال فى النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب الى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء توافق ماذكره المصنف أيضا حيث قال وعلى هذا الخياط يخيط له فى منزله قميصا فان خاط بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجر لانه صار مسلما للعمل عنده انتهى

قال (الاأن يشترط التعجيل) لمامر أن الشرط فيه لازم

من استأجر أجيرا يعمل له فى بيته وقالوا واستأجر خياطا يخيط له فى بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ماخاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر فى الفصل الثانى من الذخيرة وفى الاجارة التى تنعقد على العمل ويبقى له أثر فى العين لا يجب عليه أيضا الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا أن يكون العمل للخياط والصباغ فى بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب فى الجمال على قوله الآخر يجب على المؤاجر ايفاء الاجر بقدر مااستوفى من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما فى الجمال وذكر الامام قاضيخان ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له فى منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا أيضا فى غيرها ولكن نقل فى التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر فى الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى فى هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل مافى النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على مانقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن (١) أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما فى كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ماقاله بشئ أما أولا فلانا لا نسلم أن مايدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضا اذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره وقوله اذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضا نعم ليس لشئ أيضا من ذلك حصة معينة فى العقد عادة وهذا لا ينافى أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما فى كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط أو الصباغ فى بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله فى بيت صاحب المال فى وجوب ايفاء الاجر اذ لا كلام لاحد فى وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفى الاجارة التى تنعقد على العمل ويبقى له أثر فى العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى معلومة الا أن يكون العمل للخياط والصباغ فى بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجر بقدر مااستوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما فى الجمال انتهى وأما ثالثا فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لان ماذكره المصنف مخالف قطعا لمنطوق مافى الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر مااستوفى من المنفعة اذا كان العمل فى بيته وليس بمطابق أيضا لمفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر

قال (قوله وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاطه فى غير بيت المستاجر انه اذا خاط فى بيته وجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط فى غيره وفيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا

(١) قوله أو للدوامل هكذا فى نسخ التكملة بالدال المهملة والميم وفى العناية الذوائل بالذال المعجمة والهمز فليحرر اه مصححه

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له) ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثانى أن فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه فى بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بان أجير الوحد من وقع العقد فى حقه على المدة كمن استؤجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف (ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته الخ) أقول فى مبسوط السرخسى وكذلك الرجل يستاجر الخباز ليخبز له فى بيته دقيقا معلوما باجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وان كان يخبز فى بيت الخباز لم يكن له من الاجر شئ ولا ضمان عليه فيما سرق فى قول أبى حنيفة لانه أجير مشترك فلا يضمن ماهلك فى يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لماذكره المصنف فتنبه لها وتامل فى دفعها فانه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما اذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلا تاما

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم

وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقا أى سواء كانت له حصة معلومة من الاجر أولا فانه قال وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل فى غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل فى بيته أيضا ولانه قال لما بينا ومراده به على ماصرح به الشراح قاطبة هو قوله لان العمل فى البعض غير منتفع به ولا شك أن ذلك يقتضى أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فانى يصلح مافى الذخيرة لان يكون معتمد المصنف فى كلامه المذكور ولعمرى ان جملة ماذكره صاحب العناية ههنا موهوم محض فكيف ينبغى أن يصار الى مثله فى توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثانى من الوجوه الثلاثة التى ذكرناها آنفا لاختلال رأى الشارح المزبور ههنا حيث قال فى حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط فى غير بيت المستأجر أنه اذا خاط فى بيته وجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط فى غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا اه كلامه (أقول) جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك أن استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيكه حتى تعطينى الاجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك فى الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتى فى الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشترى سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر فى استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن فى المبيع بتمام العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشترى والكلام ههنا فى ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال فى الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد فى اندفاع الوجه الثانى من الوجوه التى أوردناها على رأى صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل فى بيت المستأجر وبين ما اذا عمل فى غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال فى

(قوله ومن استاجر خبازا ليخبز له فى بيته) أى فى بيت المستاجر فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه لم يهلك بصنعه واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وذكر القدورى فى شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه اجير مشترك والعين فى يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع فى بيته وقال القدورى رحمه الله لا ضمان عليه فى الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال ماوجب الضمان لا قيمة له كذا فى الذخيرة (قوله

ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الخ) أقول الحال أجير مشترك و يستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الا أن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله ومانحن فيه مستاجر على العمل الخ) أقول أما اذا استاجر خبازا يوما ليخبز له فى بيته فانه أجير وحد فيستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع فى بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية توجبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أى قوله لا ضمان عليه (عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع فى بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه فى الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال فى النهاية هذا الذى ذكره من الاختلاف اختيار القدورى وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلانه لم يهلك من عمله وأما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع فى بيته تسليما (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما وليمة فعليه تغريفه الى القصاع) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر فى طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند أبى حنيفة باقامتها) فان أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض لم يصر لبنا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه) أى ينضده بضم بعضه الى بعض (٢٠)

(لان التشريج من تمام عمله) عرفا وباقى كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار الخ) وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما فى البيع فالوصف القائم فى الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعنى أن الضمان لا يلزم الا على المتعدى وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبى يوسف ومحمد العين كان كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره فى باب ضمان الاجير

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا أقامها عند أبى حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجها) لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابى حنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبى حنيفة لانه غير متعد فى الحبس فبقى أمانة كما

العناية ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثانى أن فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شئ وهو أنه اذا علم من مسئلة الخياط آنفا أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغى أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثانى وهو أن الفراغ من العمل فى الخباز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال

فالغرف عليه) أى اخراج المرقة من القدر الى القصاع عليه وان استؤجر بطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس عليه كذا فى الايضاح والمحيط والمرجع فى الجميع العرف (قوله استحق الاجرة اذا أقامه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه) هذا اذا ضرب اللبن فى ملك المستأجر فان ضرب به فى ملك نفسه فلا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامتها وعندهما بالعد عليه بعد التشريج كذا فى نظم الزند ويستى (قوله وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين) اختلف المشايخ فى قول أصحابنا كل صانع

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول فى الوقاية وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة أى فى الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والغرر فيه بحث أما أولا فلانه مخالف لما فى شروح الهداية أن فيما قبل الاخراج غرما حتى قال فى غاية البيان انما قيد بعدم الضمان فى صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان فى قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الآتى ذكرها من أن الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (ألا ترى أنه ينتفع به) أقول فيه اشارة الى الجواب عن دليلهما الثانى يعنى أن العرف مشترك فكما أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريج وفى القاموس التشريج نضد اللبن

وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين بل انما هو قائم بالعامل أو بعينه له الحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعنى اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهى مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر فى المبسوط وجامع قاضيخان أن احداث البياض فى الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر فى العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (٢١) (قوله وهذا بخلاف الآبق)

جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر فى العين قائم ووجهه أن الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذى ذكرنا) يعنى حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعى رحمهما الله (ليس له حق الحبس فى الوجهين) يعنى فى الذى لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل فى بيت الصاحب والجواب (ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم فصار كقبض المشترى المبيع

كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى قال (وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين للاجر كالحمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذى ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس فى الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشترى بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل فى محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه

التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال

لعمله أثر فى العين ان المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع التى تجعل العين كالنشاستج والغراء والحنوط ونحوها أما مجرد ما يرى ويعاين فى محل العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فاختار الاكثرون الاول وبعضهم الثانى وأما القصار فان كان يقصر بالنشاستج أو ببياض البيض فله حق الحبس لانه اتصل بالثوب مال قائم كما فى الصبغ فأما اذا كان يبيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس لان البياض الذى حدث فى الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصلا ولكن استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذى كان فى الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالاوساخ فيقع العمل احداثا لصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما فى الخياطة (قوله وغسل الثوب نظير الحمل) هذا اذا لم يستعمل فى الغسل شيأ (قوله وقد أحياه) والاحياء الذى يتصور من العباد تخليص من أشرف على الهلاك اذ الاحياء الحقيقى من خواص الالوهية (قوله فى الوجهين) أى سواء كان لعمله أثر أو لم يكن لان المبيع وقع فى يد المشترى برضا البائع قبل نقد الثمن فيبطل حقه فى الحبس كما اذا عمل فى بيت صاحب الثوب وهذا لان المبيع ههنا اما أثر عمله فى العين كما فى الخياطة أو مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع فى يد المشترى برضا البائع وهو كمن استقرض من آخر كر حنطة وأمر بالقائها فى أرضه بذرا ففعل صار قابضا (قوله ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل) يعنى ان المبيع وقع فى يد المشترى بغير رضا البائع قبل نقد الثمن فلا يبطل حق البائع فى الحبس كما فى بيع العين وهذا لان المبيع فى مسئلتنا أثر العمل أو مال اتصل بالعين وقد وقع فى يد المشترى وهو صاحب الثوب بغير رضا البائع لان العمل الذى استؤجر لاجله لا يمكنه تحقيقه الا بتحصيل الاثر متصلا بملكه فيكون مضطرا فى ذلك والاضطرار يمنع ثبوت الرضا (قوله فى محل بعينه) اراد بالمحل ههنا الصانع يعنى شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غيره فلا يجوز له ان يستعمل غيره كالمنفعة فى محل بعينه يعنى اذا استأجر غلاما بعينه لا يكون للمؤجر ان يدفع غلاما آخر مكانه كذا هذا

بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشترى لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك أو بيدك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه كان استأجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو أصنع منه فى ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغى أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

(فصل) لما ذكر استحقاق تمام الاجرذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر او بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم مات فجاء بالباقي) فاما أن يكون على جماعة معلومي العدد أولا فان كان الثاني استحق (٢٢) جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق

(وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة لغيره بمنزلة ايفاء الدين

(فصل) ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قدمات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة و يجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع) لان الحمل لم ينتقض (وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا) لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على مامر

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

هكذا تدبر *(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)*

وصورة ما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه ان يقول استأجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك أو بيدك (قوله وان اطلق له العمل) بأن يقول استأجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان الذكر وخياطته لفظا فله ان يستأجر من يعمله لان المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه و بالاستعانة بغيره كايفاء الدين والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله هذا اذا كانت مؤنتهم الباقين فوت من مات واما اذا لم تنقص المؤنة بان مات الكبار وبقي الصغار فله كل الاجر (قوله ومراده اذا كانوا معلومين) حتى يكون الاجر مقابلا بحملهم وتقل مؤنتهم بنقصان عددهم فاذا أوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق بقدر ما أوفى وبطل بقدر ما لم يوف (قوله وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة و يجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب كما لو لم يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه أو وجده ولم يبلغه الرسالة وجب له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به الى أن هذا الحكم فيما اذا استأجره للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة وقيد بالمجيء بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما اذا كان ميتا أو غائبا فانه يستحق الاجر كاملا (قوله أو وسيلة اليه) أي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به أي بنقل الكتاب (قوله وقد نقضه) أي نقل الكتاب أما حقيقة فظاهر وأما اعتبارا فلان ترك الكتاب ثمة مفيد لانه ربما يصل الى ورثته فينتفعون به أو الكاتب ينتفع به فاذا رده فات ما هو المقصود بالاجارة فيكون ناقضا للعمل اعتبارا والله أعلم

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراده) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا) فاما أن يرد الكتاب أولا فان كان الثاني استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناهض على محمد لان المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم *(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)* قال

(فصل ومن استأجر رجلا) قال المصنف (ومراده اذا كانوا الخ) أقول في البزازية وان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة وفي البدر والغرر وان لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما سيتضح في الدرس الآتي من العناية *(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)* *(قوله باب ما يجوز من الاجارة)* أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الاجارة فيتضح وجه التأخير لان

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لانه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا اهـ (أقول) فيه أيضا شيء فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لانه لو يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه ومال أكثر الشراح الى سمته في تصوير هذه المسألة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شيء الا ما يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري الى هنا كلامه (أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما أن يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر أن الحكم في استئجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غني عن البيان غير خفي على أحد وأما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما مر حواليه ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب فغيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد السكنى في وضع هذه المسألة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شيء سوى ما يوهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شيء من شطري كلامه بسديد أما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى و بعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شيء منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر والظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى و بين القول بان له أن يعمل كل شيء من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثاني فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم

(قوله و يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) بأن قال استأجرت هذا الدار والحانوت سنة فقط ولم يقل للسكنى القياس أن لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسألة أن يقول استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز و ينصرف الى السكنى وان لم يبين وجه التأخير لان العمل المتعارف فيها هو السكنى

التفصيل بعد الاجمال فليتأمل قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر من اجارات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث اذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعا فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو تخبز هكذا ذكر انتهى قيل في المعنى ان التسليم شرط لصحة الاجارة ولوجوب الاجر وسكناها معه يمنع التسليم والحكم ممنوع والعلة مردودة والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لان الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة ان لم يكن مستحقا عليها حكما أما اسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكما وقوله بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم

قلنا لا يمنع لانها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كائنين معدتين للسكنى

وبه يسمى مسكنا وفى القياس لايجوز لان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لايجوز مالم يبين شيأ من ذلك ووجه
الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه (قوله ولانه لايتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف
لكن قد تتفاوت السكان فلابد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت ومالا يتفاوت لايشتمل على ما يفسد العقد فيصح (وله أن يعمل كل
شئ) من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أى لاطلاق
العقد فانه ليس بمقيد بشئ دون شئ (الا أنه لايسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو بالدابة دون اليد ان لم يوهن البناء وفى الجملة كل مالم
يتضرر به البناء جاز أن يعمله فيه   ويتقيد به وقوله لايسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال

ويتنفى به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز أن يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به وينتفى به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغى أن يذكر أنه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها أيضا فلابد من البيان نفيا للجهالة ولابد من بيان مايزرع فيها لانه يتفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلابد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقدمر فى باب الحقوق من كتاب البيوع

وانه لايتفاوت فصح العقد (وله أن يعمل كل شئ) للاطلاق (الا أنه لايسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان
فيه ضررا ظاهرا) لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة)
لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد للانتفاع
ولا انتفاع فى الحال الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى

أن يستحق العمل الذى ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا فى عامة المعتبرات بانه
مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لايتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفى
القياس لايصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة
المفضية الى النزاع كما فى استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لايتفاوت فصح العقد) قال صاحب العناية
هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلابد من بيانه وقال بعض
الفضلاء لامساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان مايعمل فيها الا فى بيان من يسكن
انتهى (أقول) لعل لفظ السكان فى كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ
مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ماوقع فى النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت
السكان فى العمل فلابد من بيان مايعمل فيها ولما كان تفاوت السكان فى العمل سببا لتفاوت نفس العمل
الذى هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعنى وجه الجواب أن
السكنى لايتفاوت ومالا يتفاوت لايشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لاتتفاوت ولم
يقل ان السكان لايتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العينى وفى بعض النسخ ولانه لايتفاوت وهكذا صححه
صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس
بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب
العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لايدل على نسخة ولانه بل يأباها اذ مقتضى هذه النسخة أن
يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذى يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ماقبله
فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور فى لفظ العناية بصدد الشرح
عبارة هذه النسخة لاغير فليس كذلك أيضا بل المذكور فيما رأينا من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام
(قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة) أقول لقائل أن يقول الظاهر

قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغى أن لايجوز مالم يبين شيأ من ذلك وجه
الاستحسان أن المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فيصرف اليه اذ المعلوم عرفا كالمشروط نصا فعلى هذا
قوله للسكنى يتعلق بالحوانيت لا بالاستئجار ومعناه والحوانيت المعدة للسكنى (قوله وله أن يعمل كل شئ)

(قوله ولانه لايتفاوت) أقول الظاهر وأنه لايتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول   الحال
لامساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان مايعمل فيها الا فى بيان من يسكن (قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول
فيه رد على الاتقانى ولكن بقى ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكفى فى الدلالة لوجوده فى القياس أيضا بل لابد مع ذلك أن يدرك باللغة فتامل هل
يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة
يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجرى بها التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال فى البدائع فى تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف
القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لان هذه منفعة

ويجوز أن يستاجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى) فيصح بها العقد
(فاذا انقضت المدة لزم المستأجر أن يقلعهما ويسلمها فارغة لانه لانهاية لهما وفى ابقائهما اضرار بصاحب الارض) هذا من جانب المستاجر وأما من
جانب المؤجر فلان الارض اما أن تنقص بالقلع أولا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضى به المستاجر أولا وان شاء رضى
بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله أن يتركه وان كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستاجر
(وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى أن يدرك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين) وذلك لانا لو قلعناه
تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفى تركه باجر رعاية الجانبين   فصير اليه وأورد مسئلة الجامع

الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) اذا استاجر دابة للركوب فاما أن يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه أو زاد فقال على أن يركب من شاء أو على أن يركب فلان فهى ثلاثة أوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيأ بخمر أو خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثانى صح العقد ويجب المسمى ويتعين

الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر فى
البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى مايزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها ومايزرع فيها متفاوت فلابد
من التعيين كى لاتقع المنازعة (أو يقول أن يزرع فيها ماشاء) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة
المفضية الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لانها منفعة
تقصد بالاراضى (ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة لانه لانهاية
لهما وفى ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى
زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال (الا أن يختار صاحب الارض أن يغرم له قيمة ذلك
مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا أن تنقص الارض بقلعهما فحينئذ
يتملكهما بغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له فله أن لا
يستوفيه قال (وفى الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض رطبة فانها تقلع) لان الرطاب لانهاية
لها فاشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لانه منفعة معلومة معهودة

من هذا الكلام أن أعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لايوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة
المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعنى السكنى لايتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق
انه لايتفاوت غالبا فالذى يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله
أن يعمل من ذلك ماشاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى مايزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة
ولغيرها ومايزرع فيها متفاوت فلابد من التعيين كى لاتقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول فى التعليل شائبة
الاستدراك اذ يكفى فى تمامه أن يقال لان مايزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها
لايطابق المدعى ولا نفع له فى اثباته فالجواب أنه لابد فى صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما
بيان أنه يستاجرها للزراعة لانها قد تستأجر لغيرها أيضا فلابد من نفى الجهالة وثانيهما بيان مايزرع فيها كما
صرح به فى الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى مايزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما
فى مدلول قوله حتى يسمى مايزرع فيها بناء على أن تسمية مايزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار الى تعليل
كلا الامرين أما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وأما الى تعليل الثانى فبقوله ومايزرع
فيها متفاوت فلم يكن فى التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكأن صاحب العناية تفطن لهذه

أى مما لايضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك
(قوله ومايزرع فيها متفاوت) لان الارض قد تستاجر لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والارز
وغيرها وبعضها يضر بالارض لان البعض قريب الادراك والبعض بعيده أولان البعض يضر بالارض

أول من ركب سواء كان المستاجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه
الذى قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور فى الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركوب هو أن يقول على أن
يركب من شاء وان كان الثالث فليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف

غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استاجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة (قوله
وان كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول وان شاء رضى بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلا على انفهامه من الكلام (قوله
على الوجه الذى قلنا) أقول آنفا

(فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء) عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فاركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا) لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار ومالا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج

الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلابد من البيان نفيا للجهالة ولابد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلابد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء عملا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر اما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيأ أو زاد فعلى هذا اما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا * ثم اعلم أن الشراح افترقوا في تعيين أن المراد بقول القدوري فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الاوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بان المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن تركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام أبو نصر الاقطع في شرحيهما لمختصر القدوري وجوز فرقة أخرى منهم كاصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بان يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعني قوله فان

كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ فما لم يبين شيأ من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوما واعلام المعقود عليه شرط جواز الاجارة (قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء) قال أبو نصر رحمه الله هذا الذي ذكره انما أراد به اذا وقع العقد على أن يركب من شاء لانه لو أطلق للركوب من غير أن يقول على أن يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان قال على أن تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه رضي به وكذا اذا استأجر ثوبا للبس يعني قال له البس من شئت ويحتمل أنه أراد بقوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أنه يسمي الركوب ولم يعين الراكب ولم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة فاسدة الا أنه اذا لم ينقض الاجارة حتى أركب رجلا أو ركب هو ارتفع الفساد وتعين المراد من الاصل وصار كانه نص على ركوبه ابتداء وكذا اذا استأجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس ولم يقل على أن يلبسه من شاء ثم لبس هو أو ألبسه غيره (قوله والذي يضر بالبناء خارج) كالقصارة والحدادة لا يتناوله مطلق السكنى

المستعملين كالثوب والدابة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد تتفاوت السكان أيضا فان سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه أجاب بقوله (والذي يضر بالبناء خارج

على ماذكرنا) واعتبر بماذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه للركوب معين اما نصا حقيقة أو تقديرا (وان سمى نوعا ومقدارا من شئ يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ماهو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو ماهو (أقل) ضررا (كالشعير والسمسم) فانهما اذا كانا خمسة أقفزة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل وانما جازله ذلك (لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت) يعني به اذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعني به اذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ماهو أكثر ضررا من الحنطة كالملح) اذا كان مثلها كيلا لانه أثقل (لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا الا أنه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

(قوله أو تقديرا) أقول كما في الوجه المذكور في الكتاب أولا (قوله وليس بواضح)

على ماذكرنا قال (وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ماهو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت أو لكونه خيرا من الاول (وليس له أن يحمل ماهو أضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضا فيه (وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون أضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها

أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا اطلاقه وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان أطلق بان قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ماهو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ماهو مثل في الضرر فكما اذا سمى خمسة أقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة أقفزة حنطة أخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة ويرجع قوله والسمسم الى قوله أقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو وبذلك الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله أقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والاقل ههنا ماهو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في

(قوله على ماذكرناه) اشارة الى قوله الا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا (قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة) مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ماهو مثل الحنطة في الضرر كما اذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره (قوله أو أقل) كالشعير والسمسم بان استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير أو سمسم لان مثل كيل حنطة من الشعير يكون أخف على الدابة حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فهو كما استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها قطنا أو تبنا وأما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها أكثر مما تأخذ الحنطة وفي الذخيرة وذكر شيخ الاسلام في شرحه أنه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله

أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعي أن خمسة أقفزة من الشعير مثل خمسة أقفزة من الحنطة في الضرر فالجواب منع ذلك لاما ذكره الشارح كما لا يخفى (قوله لانه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول الاولى أن يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات) والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافا لان رب جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) اذا كان مثلها يطيق حمله (وأما اذا كان حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استأجرها ليحملها خمسة أقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة

نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بديهي فكأن صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم يرد على ماذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه

(قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا آخر ضمن نصف قيمتها) قيد بقوله أردف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملها لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة أما اذا كانت لا تطيق فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيا لا يستمسك ضمن مازاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا في الفتاوى وقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره أو لا يردف ثم للمالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الرديف فان ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجرا كان أو مستعيرا وان ضمن الرديف رجع هو على المستأجر ان كان ذلك الرديف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي أن لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينفي الاجر عنه عند وجوب الضمان كان ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا أجر ليس في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه (قوله ولا معتبر بالثقل) الثقل بوزن الكبر خلاف الخفة والثقل الحمل (قوله كعدد الجناة في الجنايات) حتى اذا جرح رجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما انصافا لانه ربما يكون جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكر واعتبر عدد الراكب وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل وهذا بخلاف ما اذا استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن المالك فبعد ذلك يضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك (قوله فانقسم عليهما) مثل

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيا لا يستمسك ضمن مازاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الا أن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما حمله خارجا عن العادة ظهر أنه قصد اتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى قال

الزيادة من الجنس وأجيب بان الطحن انما يكون شيأ فشيأ فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فاردفها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لانه في الاركاب متفردا مخالف من كل وجه وفي الارداف مأذون من كل وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقق المقصود بها وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وان استأجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي

قال (وان كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل

بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا أن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك اه (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ماذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الآدمي لا الثقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الائمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا أوزانها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقبان أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسما لطيفا (قوله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب أما في الاول فبان قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبان قال ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف اه (أقول) كل

أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم على أحد عشر جزأ فيضمن جزأ (قوله وان كبح الدابة بلجامها) أي ردها وهو أن يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري (قوله لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد) لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وربما لا تنقاد الدابة الا به فيكون الاذن ثابتا منه بالعرف (قوله كالمرور في الطريق) وجه الالحاق به من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل لا لغيره وذلك لانه ان أبيح له الضرب ههنا انما أبيح لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الصيد بخلاف ما اذا اذن المالك فيه نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وهذا اذا ضرب به ضربا يضرب بمثله أما اذا لم يكن بهذه المثابة يضمن بالاجماع لانه غير داخل تحت العقد لا نصا ولا عرفا الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب (قوله وكذلك العارية) يعني اذا استأجر

على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية)

(قوله وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي الكبح المتعارف) أقول ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول الضمير في قوله بها راجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول اي بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح

واختلف المشايخ فى معنى هـذا الموضع فمنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استاجرها ذاهبا فقط لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى أما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد رد الى نائب المالك والمستأجر والمستعير ماموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصود فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ماهو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد ردا اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب فى غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك أو نائبه ازالة للتعدى وهو يصلح متبرئا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه

تاويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب يجرى على الاطلاق والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفى الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح

من تصرف فيه ساقط أما الاول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح فى العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح فى العبارة وأما الثانى فلانه لو قال فى تفسير المعهود أى الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفعل المتعارف فى التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر فى تبيين المراد فالاولى ما فى العناية كما لا يخفى (قوله وفى الاجارة والاعارة يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود) فانه لما جاوز الحيرة صار

دابة الى موضع معلوم وجاوز عنها ثم عاد اليها ثم هلكت يضمن (قوله وقيل الجواب يجرى على الاطلاق) وهو أنه يضمن فى كل حال (قوله وفى الاجارة والاعارة يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال) يريد به أن المالك ما أمر المستاجر والمستعير بالحفظ قصدا ونصا وانما أمرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت فى ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد فان قيل لا كذلك فان غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى أحد هذين قلنا نزيد فى المأخذ أو على من يؤخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالرد عليه كذا فى الفوائد الظهيرية وقد طعن عيسى رحمه الله فقال يد المستاجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المستعير وبدليل ان مؤنة الرد على

من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الاول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشئ مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما فى الوديعة بخلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلابد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد فى المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهـذا) أى قال الاجراء على الاطلاق أصح

(قوله فانه لما كان مودعا معنى الخ) أقول تامل فى هذا التعليل (قوله ونوقض بغاصب الغاصب الى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال ان الغاصب فى عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد اليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستاجر الذى فعل ما فعل مستاجرا من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تامل فان مراد القائل أنه اذا كان يد المستاجر كيد المالك ينبغى أن يبرأ المستاجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد اليه ولا كذلك العارية فالمناسب فى الجواب هو التعرض لدليله بانه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتامل

(ومن اكترى حمارا بسرج) فاستعماله به موافقة فان نزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو اكاف وكل منهما على قسمين اما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر أولا وكذلك الاكاف فان أسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة فى التقييد بغيره أى من حيث المنع يعنى لا فائدة فى القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذى عينه صاحبها اذا كان غيره مماثله وفى بعض النسخ فى التقييد بعينه وهو واضح وقوله (الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان ماذونا فى المسمى غير ماذون فى الزيادة وفى مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم

قال (ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة فى التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا فى السرج وهذا أولى (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبى حنيفة وقالا يضمن بحسابه)

غاصبا للدابة ودخلت الدابة فى ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا فى الكافى وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين وأجيب عنه فى النهاية وكثير من الشروح بانا نزيد فى المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى أحد هذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال فى العناية والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب فى غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اهـ (أقول) يرد عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافى دون الحقيقى فالمعنى أن الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما فى العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستاجر الذى فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اهـ كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه فى حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستاجر فيما نحن فيه غاصب

المالك فى الاجارة دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور والتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست بيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة فى النقل فاما يد المستاجر يد نفسه كذا فى المبسوط (قوله اذ لا فائدة فى التقييد بغيره) وهو الذى اكترى به ونزعه لان الذى أسرجه به مثل الذى اكترى به وهو نظير ما لو استاجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره (قوله وان كان لا يسرج بمثله الحمر) بان أسرج الحمار بسرج البرذون ضمن أى جميع القيمة (قوله وهذا أولى) لانه لما ضمن بالسرج الآخر مع أنه من جنسه فالضمان بالاكاف مع أنه من خلاف جنسه أولى وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ذكر هذه المسئلة

فى الحنطة وان أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا فى السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبى حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر فى الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفى رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا فى معنى قول أبى يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه

قال المصنف (ومن اكترى حمارا بسرج الخ) أقول اذا استاجر حمارا بسرج فاسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالاجماع وان كان السرج الثانى أخف من الاول أو مثله فلا ضمان كذا فى الفصل السابع والعشرين من اجارات المحيط البرهانى ولا يخفى عليك مخالفته لما فى الهداية (قوله يعنى لا فائدة فى القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير فى قوله غيره راجع الى بسرج يسرج بمثله الحمر كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذى عينه صاحبها فتامل

لانه اذا كان بوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيابه الا اذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة فى الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابى حنيفة رحمه الله أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة مالا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا

بمجاوزة الحيز وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد هنا شئ منهما فظهور صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه أن المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب فى النقض هو المستأجر الذى استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذاك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالمخلص فى الجملة لتصحيح ما فى العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافى كما نبهنا عليه من قبل قال فى النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية فى حكم الضمان غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك فى الاجارة كما فى الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذى تشبث به عيسى بن أبان فى الطعن فى جواب الكتاب ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له فى النقل فاما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع فى استمساك العين المستأجر اذ لو لم يكن له فى استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الاجرة اهـ وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه فى كثير من الشروح وعزا فى الكفاية الى المبسوط وقال فى العناية قيل الحاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما فى الوديعة بخلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة

فى الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ومن مشايخنا من قال ليس فى المسئلة اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله لانه لم يذكر فى الجامع الصغير أنه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين أى قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر ومنهم من قال عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفى رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهو الاصح وتكلموا فى معنى قول أبى يوسف رحمه الله يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله منهم من قدر ذلك بالمساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه فى الثقل والخفة حتى لو كان ثقل الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته فان قيل التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف لان السرج جنس واحد أما الاكاف فمخالف للسرج جنسا فيجب ان لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما كما لو أوكف المسرج قلنا التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف فى الصورة والانتفاع المطلوب منهما أما فى حق الاضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمر وبين أكاف يوكف به الحمر أقل من التفاوت بين سرج الحمر وسرج البراذين والضمان حكم يتعلق بالضرر (قوله لانه للحمل والسرج للركوب) اشارة الى المخالفة المعنوية (وقوله وكذا ينبسط الخ) اشارة الى المخالفة الصورية فتحققت المخالفة صورة ومعنى فيضمن كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى أما صورة فظاهر وأما معنى فلان

فى الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثى قيمتها واليه أشار المصنف فى الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيابه الا اذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة فى الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابى حنيفة أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر حمالا يحمل له طعاما فى طريق كذا فسلك غيره) فلا يخلو اما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولا فان كان الثانى فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد أطلق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ فى الطريق الذى يسلكه الناس ولم يقيد فى هذا التفصيل أجاب بقوله (الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثانى أعنى ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقى صورة (وان حمله فى البحر فيما يحمله الناس فى البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى ان للمودع أن يسافر بالوديعة فى طريق البر دون البحر (فان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقى صورة قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة الخ) ومن استأجر أرضا للزراعة شئ فزرع مثله فى الضرر بالارض وما هو أقل منه يوجب الاجر لانه موافقة أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شئ يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدى والضمان يستلزمه وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (وينتفع به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون

كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر حمالا يحمل له طعاما فى طريق كذا فاخذ فى طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فان التقييد مفيد الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقييد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقى صورة قال (وان حمله فى البحر فيما يحمله الناس فى البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطاب أضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه قال (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتفاوتان فى المنفعة وعن أبى حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يشد وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أى الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه فى بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير

ليتحقق الالحاق والاتحاد فى المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة اهـ (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد فى المناط المزبور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة فى الطعن بل

الحديد يجتمع فى موضع من ظهر الدابة فيكون أشق كذا هنا أيضا (قوله أما اذا كان يضمن) أى أما اذا كان تفاوت بين الطريقين يضمن والتفاوت هو ان يكون الطريق الذى أخذ فيه بالسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف ثم هلك المتاع يضمن (قوله فلم يفصل) أى فلم يفصل محمد رحمه الله فى الجواب بناء على ان الظاهر عدم التفاوت فى الطريقين اذا كانا مسلوكين (قوله لانه غاصب للارض على ما قررناه) اشارة الى قوله لان الرطاب أضر بالارض من الحنطة الخ فلا يكون مستوفيا ما يتناوله العقد فان قيل لا كذلك فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوفى ذلك بزراعة الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحق عليه فينبغى أن يجب الاجر عليه قلنا ضرر الحنطة على الارض أقل من ضرر الرطبة فالحنطة تزرع فى كل سنة والرطبة لا تزرع فى كل سنة ولكنها تنمو فى كل سنة الى ان يبلى أصلها فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيا للمعقود عليه ثم لا بد من ايجاب نقصان الارض عليه والاجر مع الضمان لا يجتمعان وان زرع فى الارض ما هو أقل ضررا من الحنطة يلزمه الاجر المسمى لانه خلاف الى خير فلم يصر به غاصبا (قوله قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق واحد) القرطق قباء ذو طاق وهو الذى يلبسه الاتراك مكان القميص (قوله وقيل هو مجرى على اطلاقه) لانه أطلق فى الكتاب فدل ذلك على ان الحكم فى الكل واحد لانهما يتفاوتان فى المنفعة من

(قوله لان صاحب الثوب الخ) أقول تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة

القباء والباقي ظاهر *(باب الاجارة الفاسدة)* تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها فى محلها قال (الاجارة تفسدها الشروط) تفسد الاجارة بالشروط التى فساد البيع بها لانها بمنزلته فى كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب فى الاجارة التى فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام فى قوله فى الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله فى النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان

خيار للتفاوت فى المنفعة والاصح أنه يخير للاتحاد فى أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم *(باب الاجارة الفاسدة)*

قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلته ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

لا يكون ذلك مناطا للالحاق فى حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدى المستأجر بالتجاوز عن المسمى فى حكم تعدى المالك فى مال نفسه فلا ينبغى أن يضمن المستأجر شيأ بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحد من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب فى الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر فى الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر فى النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العينى بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافى ما ادعاه فان الحديد الذى هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له فى العقد وهو الحنطة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار وهو الاكاف أكثر انبساطا مما عين له فى العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة *(باب الاجارة الفاسدة)*

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها فى محلها كما لا يخفى (قوله والواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح أى الواجب فيها هو الاقل من أجر المثل ومن

حيث دفع الحر والبرد أو ستر العورة ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص (قوله للاتحاد فى أصل المنفعة) وهو اللبس والستر والله أعلم بالصواب

(باب الاجارة الفاسدة)

(قوله الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) مثل أن يستأجر رحى ماء على أنه ان انقطع الماء فالاجر عليه لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تثبت على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى ان النكاح لما بنى على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط (قوله لا يجاوز به المسمى) أى الواجب الاقل من أجر المثل ومن المسمى وهذا اذا كان فساد

أى يجب أجر المثل ولا يجب المسمى

(قوله وانما جعلت اللام فى قوله فى الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول وان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم كما اذا استأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها وقالوا اذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ كذا فى شرح الزيلعى فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يندفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد قال فى المحيط البرهانى اذا تكارى دارا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط فى الاجارة ما لا يقتضيه العقد وللمؤاجر فيه منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يمتلئ بئر الوضوء والمخرج واذا سكن يمتلئ واصلاح ذلك على الآجر فكان للآجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقانى فى شرح قوله ومن دفع وقال

الى حائك غزلا لينسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى فى الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيخان انتهى ولعل وجهه أن العاقد من لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهى التمكين كما سيجىء وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع الحسى من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس فى مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر فى العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى

وقال زفر والشافعى يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منها الا أن الفاسد تبع له و يعتبر ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية

المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به فى الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب فى الاجارة التى فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام فى قوله فى الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله فى النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان اه كلامه (أقول) فيه شئ أما أولا فلان قوله والواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدورى فى مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام فى قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر فى مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقتين و وقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام فى قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك فى البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام فى تصحيح كلام القدورى وأما ثانيا فلانه لو كان اللام فى القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور فى باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقى أنواعها وهى ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبى حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا فى مختصر القدورى ولا فى البداية ولا فى الهداية ولا فى عامة المعتبرات وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة وأما ثالثا فلانه ان اندفع بجعل اللام فى القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذى ذكره يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر فان الواجب على المستأجر هنالك أجر المثل بالغا ما بلغ صرح به فى فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيخان الى غير ذلك من النظائر التى صرح بها فى المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب فى الاجارة التى فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندى ان اللام فى القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وأنه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بانه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن

الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية أما اذا كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما اذا استأجر دارا على دابة أو ثوب أو آجره دارا ليسكنها بعمرته على ان يعمرها و يؤدى نوائبها فانه يجب أجر المثل بالغا ما بلغ (قوله قلنا ان المنافع غير متقومة بنفسها) لان التقوم يستدعى سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بتلك الضرورة فى الصحيح منها الا ان الفاسدة تبع للصحيح فلا يفرد له حكم ولا يقال لما كان تقوم المنافع بالعقد فاذا فسد العقد ينبغى ان لا يجب شئ لان الاجارة الفاسدة ملحقة بالاجارة الصحيحة لكونها تبعا لها والبيع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع باصله دون وصفه وفى تمييزه من الصحيح حرج فالحقناه به فاذا الحق الفاسد بالصحيح يعتبر فى الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة وهو أجر المثل وهذا بيان ان المعتبر فى الفاسد المثل وقوله ولكنهما اذا اتفقا بيان انه لا يزاد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شئ فقد أسقطا الزيادة فالاسقاط وان كان فى ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها الرضاء بسقوط الزيادة وعدم تقوم

وقال زفر والشافعى رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد يوجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على أن المنافع عنده كالاعيان ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورى يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضى عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت فى الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من أجر المثل والمسمى بدون الانتفاء فعند الانتفاع أولى فليتدبر والله الهادى (قوله بالغا ما بلغ) أقول لانتفاع المرجع ثمة قال المصنف (لان الفاسد تبع له) أقول ينبغى أن يكون ههنا مقدمة مطوية مثل أن يقال ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد وفى بعض النسخ الا أن الفاسد تبع له وهذه النسخة ظاهرة

والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم فى نفسه وهو أى القيمة هو الموجب الاصلى وانما ذكره لتذ كير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح فى شهر واحد الا أن يسمى جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم ان يكون النقض بحضر الآخر أولا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبى حنيفة ومحمد ويصح على قول أبى يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه ذلك مذكور فى المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضى الشهر وكذا كل شهر سكن فى أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى فى أوله الا أن الذى ذكره فى الكتاب) أى القدورى (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الاولى ويومها من الشهر الثانى لان فى اعتبار الاول بعض الحرج) واختلفوا فى كيفية الفسخ فى رأس الشهر الثانى بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التى يهل فيها الهلال فكما أهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضى مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجىء وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلاثة منها أن يقول الذى يريد به الفسخ فى خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه (وان

بخلاف البيع لان العين متقومة فى نفسها وهى الموجب الاصلى فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور الا أن يسمى جملة شهور معلومة) لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمى جملة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضى وكذلك كل شهر سكن فى أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى الا أن الذى ذكره فى الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الاولى من الشهر الثانى ويومها لان فى اعتبار الاول بعض الحرج قال

الواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشىء أصلا للقطع بان المجاوزة تقتضى الحد المعلوم فيلغو أن يقال هناك لا يجاوز المسمى باجر المثل فصار ملخص المعنى أن الواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل الا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية فى الكتاب ولا يلزم شىء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ فى الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة فى أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العينى فى السؤال والجواب (أقول) فى الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان فى أول الشهر الا أن عقدها قد تحقق فى الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفى فى جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر فى أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا فى توجيه تراخى الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته فى الحال وهى العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية فى جواز انفكاكها من معلولاتها فلو لم يجز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذى هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد فى حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع أنه لا شك فى جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة وسيجىء فى الكتاب (قوله واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال فى المحيط البرهانى وفى

المنافع فى نفسها (قوله لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد) لانه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم أولوية بعضها فتعين الادنى

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أى مجهول (قوله ومحصورا ترجيح بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد فى اعتباره ترجيح بلا مرجح

(وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذى استأجره

الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أبا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فى رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة فى الشهر الثانى واختلفت عبارة المشايخ فى تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة فى الشهر الاول جائزة فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثانى ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة فى رأس الشهر جازت الاجارة فى الشهر الثانى لان الشهر الثانى صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة فى الشهر الثانى والثالث كما جازت فى الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله فى الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الاجارة أن لا تزيل الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضى فى رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فى الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا فى كيفية امكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر فى الحقيقة عبارة عن الساعة التى يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضى وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح فى هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذى يريد الفسخ قبل مضى المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا فى وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا فى وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخى ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله فى البيوع اشترى عبدا على أنه بالخيار فحم العبد وفسخ المشترى العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحمى فى مدة الخيار وقال فى المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذى يريد الفسخ فى خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذى يريد الفسخ فى الليلة التى يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهى الليلة التى يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله فى كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه فى الليلة التى يهل فيها الهلال أو فى يومها لم يحنث استحسانا الى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثانى من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة فى وضع هذه المسئلة فان محمدا رحمه الله قال فى الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فى رأس الشهر والامام قاضيخان قال فى فتاواه رجل آجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثانى لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ فى خلال الشهر الاول قبل تمامه وأقول يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره فى

(فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه) بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذى استأجره

لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب (كما في الايمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال لله علي أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يتعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالي ليست بمحل له) توضيحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه ور بما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) على بناء المفعول أي يبصر

(فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل) في الشهور العربية فهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولابي حنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدمر في الطلاق) قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على أن الاشهر كلها عند أبي حنيفة رحمه الله بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يعرف في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) استئجار الحمام والحجام وأخذ أجرتهما جائز أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز لاجماع

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدمر في الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة

ذ يملك الطريقين أيضا عند أن ينقضي الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وان كان ينبو عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير نكير منكر الا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلته على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية في تعليله لذكر الشهور منكورا وتبعه الشارح العيني (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلان المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور مع أن الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له فتبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد

(قوله فاشبه اليمين) بان حلف لا يكلم فلانا شهرا فهو من يوم حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان الليل لا يصلح لذلك (قوله لانها هي الاصل) أي لان الاهلة أصل في الشهور قال الله يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة ألا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وانما يصار للبدل اذا تعذر اعتبار الاصل (قوله ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) وقد ذكره

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا الان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام آخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار وروي عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل) أي ضرابه (وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستئجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس) رواه البخاري (ومراده أخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستئجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استئجاره بالاجماع

لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد أخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستئجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة

به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الاولى من الشهر اه كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر

بعض العلماء ذلك أخذا بظاهر قوله عليه السلام الحمام بيت الشيطان ومنهم من كره اتخاذ حمام النساء لانهن نهين عن الخروج وأمرن بالقرار في البيوت واجتماعهن قلما يخلو عن فتنة والصحيح أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه خصوصا في ديارنا والحاجة في حقهن أظهر لزيادة احتياجهن الى الاغتسال ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض كما يتمكن الرجال (قوله وأعطى الحجام الاجر) ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل دفعه لغيره ليأكل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ بما روينا (قوله وان من السحت عسب التيس) أي كراء عسب التيس فانه أخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو يبتنى على نشاط الفحل أيضا (قوله والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم) أي يختص بملة الاسلام اما

قال المصنف (وهو أن يؤجر فحلا) أقول كان المصنف يريد ان في الكلام مجازا حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كاطلاق المرسن وارادة مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل أي ضرابه وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) أقول قوله وهو ان يؤجر فحلا الخ يدل على أن العسب بمعنى الاكراء على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضرابه ويجوز أن يقال ظاهر اضافة الاجرة الى العسب يقتضي أن يكون العسب بمعنى الضراب فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الاجرة عليه) أقول أي المراد من عسب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العسب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل ونهى عن عسب الفحل تقول عسب فحله يعسبه أي أكراه وعسب الفحل أيضا ضرابه ويقال ماؤه

والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفى آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبى العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كما فى الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح و بعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى

كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفى وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا فى المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر فى قوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التى يهل فيها الهلال و يومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلا (قوله ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول ينتقض هذا بما ذكره المصنف فى باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه و بذلك تشهد الاخبار الواردة فى الباب كحديث الخثعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجى عن أبيك واعتمرى فان ذلك صريح فى وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافى فى تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافى أيضا فى أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل ثواب تضحية احدى الشاتين لامته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل فى التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان أريد ان للمتعلم أيضا مدخلا فى ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذى يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر فى بعض الكتب فيؤل أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذى هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفى التغاير الاعتبارى لنا اذ لا شك فى اختلاف التعليم والتعلم فى كثير من الاحكام فليكن فى أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله و بعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثانى والدليل

اذا لم تختص به فيجوز كما اذا استأجر ذميا على تعليم التوراة يجوز لان تعليمها لا يختص بملة الاسلام كذا فى الفوائد الكرمانى وقوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح والقياس يأبى جواز الاستئجار على تعليم التوراة أيضا الا أن يكون المراد منه أنه اذا استأجر على تعليم التوراة وعلمها المستأجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر وان علمه (قوله فى كل ما لا يتعين على الاجير) هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم لانه حينئذ لا يجوز استئجاره بالاجماع (قوله ولهذا يعتبر أهليته) أى أهلية العامل و يعتبر نيته لا نية الآمر ولو انتقل فعل المأمور الى الآمر يشترط نية الآمر وأهليته كما فى الزكاة فان ثمة يشترط نية الآمر وأهليته حتى لو كان المأمور كافرا يصح أداء الزكاة لان المؤدى هو الآمر وههنا بخلافه فعلم به ان المؤدى هو المأمور (قوله و بعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن) وهم أئمة بلخ فانهم اختاروا قول أهل المدينة وقالوا

(و بعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم) يعنى فى زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لانه ظهر التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من أمر معاشهم وقد كان فى الناس رغبة فى التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخيزاخزى يجوز فى زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ

قال

الاجرة ذكره فى الذخيرة (ولا يجوز الاستئجار على سائر الملاهى لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فانه لو استحقت به لكان جوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبى حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبى حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتف لانه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابى حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه) و يمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه (لان تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمة كالدار أو لا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثانى أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والتخلية) جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية و وجهه أن التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أى التمكين هو (الفعل الذى يحصل به التمكن) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة الى التمكن (والتمكن فى المشاع غير حاصل) ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا

قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهى) لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبى حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابى حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذى يحصل به التمكن ولا تمكن فى المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشئ

الثالث المار آنفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهى تمليك المنافع بعوض فى الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستئجار فى هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل فى دفع هذا الاشكال القوى لعله مما تسكب فيه العبرات الا أن لا يسلم صحة ذينك الدليلين (قوله وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك

ان المتقدمين من اصحابنا بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا فى عصرهم من رغبة الناس فى التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط وأما فى زماننا فقد انعدم المعنيان جميعا فنقول بجواز الاستئجار كيلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر رضى الله عنه حتى منعهن من ذلك عمر رضى الله عنه وكان ما رآه صوابا وكذا يفتى بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام خيزاخزى فى زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة كذا فى الروضة (قوله والمعصية لا تستحق بالعقد) لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المرء شئ يكون به عاصيا شرعا كيلا تصير المعصية مضافة الى الشرع (قوله ولا يجوز اجارة المشاع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أى فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل صورته أن يؤاجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك أو يؤاجر نصف عبده أو داره أو دابته (قوله وقالا الاجارة المشاع جائزة) وفى المغنى الفتوى فى اجارة المشاع على قولهما (قوله ولهذا يجب أجر المثل) أى عند أبى حنيفة رحمه الله فى المشاع فهذا دليل على ان للمشاع منفعة اذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شئ كما اذا استأجر جحشا أو أرضا سبخة (قوله وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور) لان التسليم انما يتم بالقبض والقبض أمر حسى وهو لا يرد الا على المعين والمشاع غير معين (قوله والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا) جواب عن قولهما والتسليم ممكن بالتخلية وهو ان التخلية اعتبرت تسليما اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل بها التمكن والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكن ثمة من البيع والاعتاق وغير ذلك (قوله وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد) لان التهايؤ انما يستحق حكما للملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدور التسليم شرط

(٦ – (تكملة الفتح والكفاية) – ثامن) (قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول يعنى على تسليمه وحده (قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعنى وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أى لعدم الانتفاع به على الوجه الذى يقتضيه العقد فلا يرد شئ (قوله وتقريره لا نسلم انتفاء المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة فى السند قال المصنف (وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق

جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله (وأما التهايؤ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وقوله (و بخلاف ما اذا آجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما اذا آجر من (٤٢)

شريكه ووجهه أنه اذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز أن يكون الشيوع مانعا لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء وأما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله (و بخلاف الشيوع الطارئ) ليست

يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا و بخلاف ما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه و بخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم

الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا) هذا جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ وأما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ساقط أما الاول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس بمبني على أن يكون مدار ما قاله صاحباه على أن التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على أن قولهما أو بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه أصلا وأما الثاني فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ أن ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية أو بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم أي القدرة عليه بالتخلية أو بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هنالك (قوله و بخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق

العقد وشرط الشئ يسبقه وحكم الشئ يعقبه أو يقارنه فلا يصلح شرطا جواز العقد لئلا ينقلب الحكم شرطا وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصح أبدا (قوله وأما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) لان المقصود من الاستئجار الانتفاع والمنفعة هي المعقود عليها و استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى ههنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة والاختلاف في النسبة لا يضره وهو نظير بيع الآبق ممن في يده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك و بخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء (قوله على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه) فجعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما لم يتناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد (قوله و بخلاف الشيوع الطارئ) بان آجر

التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ (قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا) أقول يجوز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لانه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

بان آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية (لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهرا الا أن يجعل تمهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه في قوله و بخلاف ما اذا آجر نبوة عن ذلك تعرف بالتامل وقوله (و بخلاف ما اذا آجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) فان قيل لا نسلم أنه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد (٤٣) ساعة فساعة أجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء و بقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه

ليست بشرط للبقاء و بخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ

ظاهرا الا أن يجعل تمهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين لكن في قوله و بخلاف ما اذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتامل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبي حنيفة وهو ان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هنالك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا لما بعده (قوله و بخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانها عقد مضاف ينعقد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء و بقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسد أما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية و بنى عليه رده كما ترى فمعنى الجواب ان بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ولم ير أن الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه أحد فان الاصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بان آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد فنعقد لازم في الحال و باعتبار هذا

رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤاجرين فانه تبقى الاجارة

(قوله ليس له تعلق ظاهرا) أقول خبر لقوله وقوله و بخلاف الشيوع الخ (قوله الا أن يجعل تمهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة في صورة الشيوع الطارئ بان يموت أحد المؤاجرين بعد ما آجرا دارا لهما من رجل مثلا وان لم يكن مذكورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب الا أن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه

حكم الابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء في جعل المعقود عليه اعني المستأجر وقوله لانها عقد لازم تريد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر العقود وقوله من وجه يومئ الى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول يوضحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين فمات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة في حق الحي وان كان ذلك حال بقاء العقد

قال (ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهى خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ فى الثوب وقيل ان العقد يقع على

المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كما فى الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع فى نصفها اه ما فى الكافى وكثير من الشروح وهكذا ذكر فى المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة) قال فى النهاية اعلم أن القياس يأبى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا فى الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين فى أن المعقود عليه فى استئجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهى خدمتها الصبي واللبن يقع كالصبغ فى الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتى تفصيل ذلك ومدار ما ذكر فى وجه القياس هو القول الثانى ومدار ما ذكر فى وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغى أن يقال فى المسئلة المتفق عليها ان القياس يأبى جوازها لكن جوزناها استحسانا فيذكر فى وجه القياس ما يختص باحد القولين فى معنى هاتيك المسئلة وفى وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر فى معناها ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد فى المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور وعلى أن ما ذكر فى وجه الاستحسان يقتضى انتفاء ذلك القياس رأسا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان فى مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) قال الشراح يعنى بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعنى بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر فى الكتاب فى باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز اه وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال فى تفسير قول صاحب العناية يعنى بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعى قبل انقضاء العدة اه (أقول) ليس ذلك بتام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة فى رواية وهى التى اختارها فى الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هنالك وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى

فى نصيب الآخر شائعا وهذا هو ظاهر الرواية فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد فى نصيبه فعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يفسد العقد فى حق الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا فى معنى شيوع يقترن بالعقد وفى ظاهر الرواية يبقى العقد فى حق الآخر لان تجدد الانعقاد فى حق المعقود عليه فاما أصل العقد فمنعقد لازم فى الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما فى الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع فى نصفها وبخلاف ما اذا آجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب أجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا آبقا بالف درهم فان العقد ينعقد على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد (قوله ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والمراد به بعد الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى

اللبن

قال (ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة الخ) استئجار الظئر باجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعنى بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء فى المعقود عليه فقيل هو المنافع وهى خدمتها للصبي والقيام به واللبن تبع كالصبغ فى الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسى حيث قال فى المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدى ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو أرضعته

(قوله يعنى بعد الطلاق) أقول يعنى بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعى قبل انقضاء العدة

بلبن شاة لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها وعد بيان العذر عن الارضاع بلبن شاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الائمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام فى استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس فى كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك

اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى

رواية واحدة وكذا فى المبتوتة فى رواية اه فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحبى الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كما ترى والقول الثانى اختيار شمس الائمة السرخسى حيث قال فى المبسوط وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهى القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدى ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة اه كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسى بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام فى استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس فى كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ فى كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية لعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ألا يرى أن الصبغ فى الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان للشارح العينى ههنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسى وردا على صاحب العناية ما ذكره فى رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكر نبذا من أولها وآخرها قال بعد نقل ما فى النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التى تحدث شيأ فشيأ مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال فى آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبى يوسف القاضى وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلى كل يوم

ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية كما ترى (قوله والاول أقرب الى الفقه) وقيل ان العقد على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الائمة السرخسى

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعنى لشمس الائمة (قوله فجعل العين المرئية) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يجئ بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا أن يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يتشبث له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذى يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر لقوله ولا يتشبث له (قوله وليس فى كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما فى الصبغ

قوله واذا ثبت ماذكرنا) يعنى من جواز الاجارة باحد الطريقين (صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد للخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة

واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله أن الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان فى العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضى الى المنازعة (وفى الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعنى بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه

مائتى ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ماقاله فى الاول والآخر فاسد أما ماقاله فى الاول فلان معنى حدوث المنافع شيأ فشيأ أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولاشك أن هذا المعنى ليس بمتحقق فى الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لاغير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدى شيأ أما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه وأما الصورتان الاخريان فلان المعنى فيهما وان كان تمليكا للعين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام فى أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لا ان شيأ من العقود لا يرد عليها وأما ماقاله فى الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكورا فى مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا فى كتاب الاقرار ولاشك أن مراد صاحب العناية أيضا ههنا بقوله ان ماروى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التى هى الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح فى ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء فى ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه نسى ما قدمت يداه (قوله واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح فى تفسير قوله ماذكرنا يعنى من جواز الاجارة باحد الطريقين (أقول) فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ماذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أى القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثانى فان العقد فى الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة وفى استئجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثانى فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ماذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثانى وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة فى اثبات هذه المسئلة وأخر ذكر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ماهو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس اه تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال

(قوله فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ) أى بطعامها وكسوتها

أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعنى جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبى حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ماقالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضى الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم (بان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذى

قوله قوله واذا ثبت ماذكرنا يعنى من جواز الاجارة باحد الطريقين الخ) أقول ولعل مراد المصنف هو الاشارة الى ما صححه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقيس عليه فليتامل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يابى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتامل قال المصنف في الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أى للطعام وهذا المراد بالتسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى فتامل قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لاغير تامل

وهذا لا جهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان أوصافها أثمان

صاحب النهاية وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة اه (أقول) ليت شعرى كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه فى المعنى الذى ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه فى ذلك اللفظ أى لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعى جاز أن يفهم منه أول المعنى الذى ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعى حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لاغير اه وأما المعنى الذى ذكره صاحب النهاية فله اشتراك فى الآخر مع المعنى الذى ذكره المصنف وفى أوله تفصيل زائد على مافى أول المعنى الذى ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر فى لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين فى انفهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفهام البعض الآخر منهما منه والا كان المعنى الذى ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا وجه لرد الثانى وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بان يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك اه (أقول) لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام أن تقدير بدلا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أى للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى تامل اه كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقرر فى علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا أى من ذنب وبغاه الخير أى بغى له وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض أى حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا وأما الثانى فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى والا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة فى كل واحد من المعنيين أو حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف فى علم الاصول (قوله ولا يشترط تاجيله لان أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح فى شرح قوله أوصافها أى أوصاف الطعام على تاويل الحنطة اه (أقول) فيه نظر اذ لاشك ان المراد بالطعام فى مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تاويل ذلك بالخاص فى مقام الاستدلال على العام والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه أجرة فى مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال فى تفسير قول المصنف ولا يشترط تاجيله أى تاجيل الطعام المسمى أجرة سلك فى تاويل تانيث ضمير أوصافها

(قوله ولا يشترط تاجيله لان أوصافها أثمان) يعنى ان المكيل والموزون اذا كان موصوفا غير مشار يثبت دينا فى الذمة والدين تارة يصير مؤجلا وتارة معجلا كالدراهم والدنانير بخلاف الثوب فانه لا يثبت دينا فى الذمة الا فى السلم ويشترط بيان الاجل فى السلم فكذا اذا استاجرها بثياب موصوفة

ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بان يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك (وهذا) أى جعل الاجرة على هذا الوجه (لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله) أى تاجيل الطعام المسمى أجرة (لان أوصافها) أى أوصاف الطعام بتاويل الحنطة (أثمان) أى أوصاف أثمان من وجوبه فى الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه فى السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة

(قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول بان يكون المضاف مقدرا فى كلام الجامع أى سمى بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعى الا أن التقدير لا بد له من قرينة فتامل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة لذلك

(و يشترط بيان مكان الايفاء) اذا كان له حمل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظؤرة زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه زفانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لا لانتفاء اللبن ولهذا لو أوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة نعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل .. (٤٨) دون العين وهو اللبن وقوله (انه اختلف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان.

(و يشترط بيان مكان الايفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل

منسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا ايجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اهـ (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرته بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة لملابسة مسئلة استئجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بانها أجير خاص

(قوله لانها لم تأت بعمل مستحق عليها) وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو أوجر بلبن الظئر في المدة لا تستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل لا العين كذا في الاوضح واذا دفعت الظئر الصبي الى خادمتها حتى أرضعته فلها الاجر كاملا استحسانا لانه لم يشترط عليها بنفسها فهو نظير من استأجر قصارا ليقصر له ثوبا أو خياطا ليخيط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره فانه

على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شئ لم يضمن الظئر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملهما فقلنا بانها تستحق الاجر منهما كملا تشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى قال

(قوله أجيب بانها أجير خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بان يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الرعي ومضى على ذلك شهور ولم يعلم الاول به فله الاجر كاملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشئ الا أنه يأثم انتهى وفي البزازية ليس للراعي الواحد أن يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا ويأثم ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها ولو آجر من آخر فيها له الاجرة الثانية أيضا ويطيب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى. اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا

على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شئ لم تضمن الظئر شيأ لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اهـ ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وان تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين اهـ وجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وأثمت بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما فقلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تأثم لشبهها باجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه اهـ (أقول) نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها أجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بان يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ (أقول) ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا آجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات أيضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أوقع العقد أولا على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها أجير وحد في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولا وليس لاجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان أجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تأثم لشبهها بالاجير الوحد اهـ فقد ظهر ان بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا الا لانه في معناه من كل

يستحق الاجر كذا هنا بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسها

الاجير الخاص قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا الا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا

(قوله وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الحذف والايصال (قوله الا لانه في معناه من كل وجه)

بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ
في الثياب بجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك
هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره) واذا ثبت فساد
العقد كان للحائك أجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منفعته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لان المستأجر ملك الاجير) الاجرة (في الحال بالتعجيل) لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة

أقول في تقرير الجواب نوع مسامحة والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس الا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) أقول سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه (قوله فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب بجريان عرفهم بذلك) أقول الحاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمل وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعي فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه

والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل

وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه اه (أقول) ما سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ما بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة ترجمة انه جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه أي من حيث انها استئجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المصنف هنالك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني وأستاذه القاضي الامام أبي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا فما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني وأستاذه فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا باس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل الخ) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيها اشكالان أحدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه و باي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ان ههنا مسئلتين احداهما ما اذا استأجر رجلا ليحمل له كر حنطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة وللاجير أجر مثله ان كان بلغ

(قوله فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره) ومعنى آخر وهو ان الاجر ما ان يلزمه في الذمة أو في عين موجود

فصار

(فصار) حاملا طعاما (مشتركا ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة أخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة
وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى) وهو نصف الحطب (هنالك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء

و باي سبب يملكه اه لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والظاهر أن وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا فليتأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه الخ) اقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه وسيجيء من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجعه وتامل فيه قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضي أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتاخرين فراجعه

فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هنالك غير معلوم

الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول أنه يملك الاجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني أنه لا يستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما ما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحيدي حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استاجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك النصف الكر من قبل ان البدل نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكر قبل ايفاء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتدأ العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحيدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذينك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا اه كلامه (قوله لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه

وهو ما التزمه في الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد ولان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء وانتهاء لا تنعقد الاجارة ولا يجب الاجر اجماعا كما اذا استأجره ليطحن حنطة مشتركة أو يحمل طعاما مشتركا بينهما وههنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينعقد بوصف الفساد عملا بالشبهين (قوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أي فيما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وفيما هو في معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالاجر المسمى المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه

قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الحسنة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يتفرغ منه في أسرع الاوقات والحمل على هذا متعين لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون

المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما أولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فاذا مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الاجير أجره نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينها المعقود
وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطا دل على أن

فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان

في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمش رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية البحث ههنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما

(قوله وله ان المعقود عليه مجهول) وجهالة المعقود عليه تفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس وأغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين أحدهما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ مقصود المستأجر العمل لان نفعه فيه ومقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد للافضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر أن يقول منافعك في بقية المدة حق باعتبار تسمية الوقت وأنا ستعملك واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير أن يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في أجير الوحد هو أن يقال انما يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل اذا ذكرهما قبل ذكر الاجرة أما اذا ذكر أحدهما وذكر الاجر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد حتى لو قال استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لي هذا القفيز من الدقيق جاز العقد أما لو قال استأجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم أو قال

قال المصنف (وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسئلة الراعي (قوله وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بينها وبين ما قالوا في مسئلة الراعي انه اذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار للمقدم منهما في كون الاجير خاصا أو مشتركا فليتأمل (قوله وكذلك بينها وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطعن

مراده التعجيل يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكأنه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقودا عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضا على أن يكربها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتأتى الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان

ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد بها أن يكربها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول

المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال (ومن استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول

صرحوا به في معتبرات الفتاوى بلا ذكر خلاف هناك فتأمل (قوله لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الارض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (قوله وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح انما قيد بهذين القيدين أي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لانه

استأجرتك اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد هنا يفسد وانما كان كذلك لان في الوجه الاول لما تم العقد بذكر أحد الشيئين اما المدة واما العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل أو للتعجيل فلم يفسد العقد وأما في الوجه الثاني فلانه لما جمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الاجرة صلح كل واحد منهما مقابلا بالاجر وليس أحدهما باولى من الآخر وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة ولا تصلح المنفعة معقودا عليها حينئذ فيصير العمل هو المعقود عليه (قوله وقد مر مثله في الطلاق) أي في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسئلة أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار (قوله وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة) قيد بهذين القيدين لانه لو كانت الارض في بلدة تحتاج

له كل يوم قفيزا الى الليل فهو فاسد ذكر المسئلة من غير ذكر خلاف فمن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذكر في هذه المسائل قياس قولهما وما ذكر فيما تقدم استحسان على قولهما اذ لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خبير بانه لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التعجيل) أقول لكونه وصفا مطلوبا قال المصنف (لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خبير بان الثاني أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولئن بقي فكريه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

(واذا استاجر ارضا ليزرعها بزراعة أخرى لايجوز أصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعى هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين) أى باجرة هى دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين (ولنا) فى ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهى تقدم فى البيوع (والى هذا) أى الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ماروى ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة فكتب فى جوابه انك أطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الحنانى فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنانى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء

مايكون عن اشتراط أجل فى العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى أن النساء انما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيا فشيا وأجيب عن الاول بانهما لما أقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيا فشيا كان ذلك أبلغ فى وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان فى النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثانى بان الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز أن

بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته فى العام القابل قال (وان استاجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعى هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد

اذا شرط أن يكربها مرتين فى موضع لاتخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرجه بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون فى الاول من مقتضيات العقد وفى الثانى ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز وعبارة العناية والثانى ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بان الثانى أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا تتاتى زراعة الا به انتهى (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثانى فلا شك أن الكراب مرتين فى هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته وأما شطره الثانى فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا تتاتى الزراعة هنالك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر فى اشتراط الكراب مرتين فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلا للمستأجر لا لان له نفعا فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى

الى تكرار الكراب لتخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد (قوله بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح) احتراز عن قول من قال بان المراد منها الجداول (قوله لانه يبقى منفعته فى العام القابل) هذا دليل الفساد فى شرط كرى الانهار العظام (قوله فلا خير فيه) أى لايجوز أصلا (قوله الى هذا أشار محمد رحمه الله) روى أن ابن سماعة كتب الى محمد لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فقال محمد انك أطلت

(قوله ولهذا جازت الاجارة بدين أى باجرة هى دين على المؤجر) أقول يعنى كان للمستاجر على المؤجر دين أن فاستاجر منه دارا بذلك الدين الذى فى ذمته (قوله أما علمت ان السكنى بالسكنى) أقول فى الظاهر أن المضاف مقدر أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الاول بانهما لما أقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيا فشيا) أقول الانسب أن يقول يتاخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثانى (قوله وعن الثانى بان الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة المحرمة للنساء اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمى لو سلم يورث شبهة فى الالحاق فتتحقق شبهة الشبهة تامل وانما قلت لو سلم لانه يجر الى مذهب الشافعى ظاهرا (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير فى قوله لفقدانها راجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقا آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتجه الزاما على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه الفساد مستندا بان مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل

أن ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد فى جوابه انك أطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الحنانى فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنانى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا فى شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر فى عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية فى هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء مايكون عن اشتراط أجل فى العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى أن النساء انما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيا فشيا وأجيب عن الاول بانهما لما أقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيا فشيا كان ذلك أبلغ فى وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان فى النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وهى ليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثانى بان الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب عن الوجه الثانى بحث من وجهين الاول أنه اذا أقيم العين مقام المنفعة فى أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود فى الحال معقودا عليه فى العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد فى العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثانى أن هذا الجواب ينافى الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها التى تتاخر وتحدث شيا فشيا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثانى على الحكم فلا تنافى بينهما قلت فى جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثانى مرتبا على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهى وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضا بحث لانه ان أراد بالمعقود عليه الذى ردده ماهو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثانى من الترديد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ماهو المعقود عليه حقيقة معدوم فى كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يابى جوازه الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه فاقمنا الدار مثلا مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول كما مر فى صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ماهو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان أراد بذلك ماهو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل

الفكرة ولزمتك الحيرة وجالست الحنانى وكانت منك زلة أما علمت أن مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنانى اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم عليها فقال محمد لابن سماعة كانت مجالستك اياه زلة يقال ثوب قوهى منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس والمعنى فيه أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة

نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاصرة لجواز أن يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم

(قوله لا يقال قسمة غير حاصرة لجواز أن يعتبرا موجودين) أقول الاظهر أن يقال فى تقرير السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثانى فى عدمهما وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بان يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلك لظهور كون القسمة حاصرة

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولاحاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام

(أقول) هــذا فى غاية السـقوط اذ ليس فى مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشئ بجنسه والذى يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لاغـير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيـه من بطلان النساء موجود فى مبادلة السكنى بالزراعـة وهـذا مع ظهوره جـدا كيف خفى على مثـله ثم ان الامام الزيلعى استشكل أصـل الدليل المذكور حيث قال فى التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخـلاف الجنس ولان العـقد على المنافع ينعقد ساعـة فساعـة على حسب حـدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقـد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهـى استشكاله ساقط أما وجهه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضى عدم جواز العـقد بخلاف الجنس أيضا قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس فى مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدين اذ الدين ما ثبت فى الذمة والمنافع لا تثبت فى الذمة صرح بذلك فى النهاية بل عامة الشروح وأما وجهه الثانى فلان الانعقاد فى العـقد على المنافع وان حصـل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا أن نفس العـقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهـما بالآخر موجود بالفـعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعـنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها فى المحل يحصل ساعة فساعة لا أن نفس العـقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقرر فى صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد فحين أن يتحقق نفس العقد وهو آن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسيئة فى المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسـيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولاحاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غـير مبادلة انتهـى (أقول) للخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعـدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة منـه لحصول حوائجه ومهماته فى ذلك ولا يحتاج الى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هنالك اللهـم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفى فى ترك القياس وكأنه أشير اليه فى الكافى وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول

الشئ بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء عنـدنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام كما لو أسلم قوهيا فى مروى فان قيـل انما حرم بيـع الشئ بجنسه نسيئة عنـدكم باعتبار أن النقد خـير من النسيئة وهنا لا فضل لاحدهما على الآخر والقبض فى البدلين عـلى نمط واحد قلنا نعم الا أن النص اذا علل تعلق الحـكم فى الفرع بالعلة فاما فى الاصل انما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العـلة فى المنصوص والحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى (قوله ولاحاجة عند اتحاد الجنس) يعنى أنا انما جوزنا الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة اليه والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عنـد اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد لهـذا

(و) الثانى (أن الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولاحاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخـلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيـل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ بالكالئ أجيب بانه يتحقق فى الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه فمعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصحبه الباء ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبى يوسف أنه لا شئ عليـه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له يعنى لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعى رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيـع العين شائعا جائز وصار كما اذا اسـتاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعنى الطعام المشترك أو عبدا مشتركا ليخيط الثياب

(قوله يعنى الطعام المشترك) أقول وعندى لاحاجة فى اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الزام الشافعى بان وضع الطعام فعل حسى والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك مخل فليتأمل

كله

كله فلا أجر له) وقال الشافعى له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا اسـتاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أنه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حـكمى واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

انتهـى تامل تقف (قوله وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعنى الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى لاحاجة فى اتمام الـكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الزام الشافعى بان وضع الطعام فعل حسى والمسـتاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى انتهـى (أقول) ما ذكره فى بيان أنه لاحاجة فى اتمام الـكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالزام فى قوله يتوجه الزام الشافعى اما أن يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهـين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبـل الشافعى وهى جواز استئجار الدار المشتركة بين المسـتاجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيـه بيننا وبين الشافعى بل هى مجمـع عليها ولهذا ذكرت فى دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعى بما يقتضى خلاف ما تقرر عندنا وهلا يصير ذلك الزاما علينا أيضا وأما على الثانى فلان المعقود عليه فى تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هنالك فى أن لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسى بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذى هو الفعل الحسى وهو لا يتصور فى الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعى أصلا * ثم أقول الظاهر عندى أيضا انه لاحاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيـده بذلك سائر الشراح قط لـكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشيـه استشهاد الشافعى ظاهرا بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستاجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما فى المسـئلة التى نحن فيها وكذلك الجواب الذى يأتى من قبلنا عن استشـهاد الشافعى بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الاطلاق يشـهد بذلك كله التامل الصادق (قوله ولنا أنه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع) قال فى العناية اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهـى (أقول) فى الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليـه لا يجدى شيا فى دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حـمل الطعام واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المسـتاجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذى هو المعـقود عليـه ولا شـك أن عدم كون الكل معـقودا عليه لا يفيد شيا فى دفع ذلك وانما يكون مفيـدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزء يحـمله الا وهو شريكه فيـه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول لا يخلو من أنه

المعنى يفسد لمعنى آخر وهو أن بيـع الدين بالدين حرام باطل قلنا الذى لم يصحبه الباء هو المعقود عليه وأقيم المحل مقام المنفعة وهو معين فيصير الاجر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العـين بل يكون عينا بدين وذلك جائز (قوله فيكون عاملا فلا يتحقق التسليم) لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم لا يجب

ولنا أنه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها أيضا فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بان هنالك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذى أوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما ههنا فانه متعذر أصلا فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعى على البيع وذلك (لان البيع تصرف حكمى) أى شرعى والتصرف فى الشائع شائع شرعا كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يخلو

(قوله أجيب بان حمل الكل حمل معين) أقول فى هـذا الجواب تامل فانه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو محمولا معه ويكون كاجارة المشاع فان الالزام هنا أيضا تعـذر التسليم على الوجه الذى يقتضيه العـقد فينبغى أن يحكم باجر المثل (قوله بان هنالك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفيز أو ما من حبة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره) أقول والا لزم العوض والمعوض فى شخص واحد

من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثانى حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على أمر مخالف للقياس فى الحاجة وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هنالك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه فى الشائع لا يتحقق كما مر وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل فى العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك (ومن استاجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع فيها يختلف فمنه ما يضر بالارض أكثر من غيره) كالذرة والارز فان ضررهما بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم [illegible] فيها من الزرع لان الاجارة عقد ينعقد ساعة فساعة فاذا شاهد الزرع فى بعض المدة عرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا (فان استاجر الى الديماس مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكما اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد الجانب على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المبادى لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر فى أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضى للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدورى وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هى قوله

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أى شئ يزرعها فالاجارة فاسدة) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف فمنه ما يضر بالارض ومالا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما

عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثانى حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على أمر مخالف للقياس فى الحاجة وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) فى الجواب شئ وهو أن قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام لانه انما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستاجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تقضى حاجته بل انما تقضى حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستاجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التى شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستاجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك فى حصول مقصود المستاجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده فى صورة عدم حمل الكل لا يقدح فى الكلام المبنى على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

الاجر غاية الامر أنه عامل للغير أيضا لكن جعله عاملا لنفسه أولى لان الاصل أن الانسان يعمل لنفسه مع

(قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستاجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع) أقول الخياطة أمر حسى كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول فى دلالته على المدعى تامل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدورى الخ) أقول جواب لقوله لا يقال

(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت فى حالة العقد

استئجار العبد المشترك لكن فى ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر فى صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو فى عين العبد لا فى منافعه لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما نبه واعليه فكيف يكون المعقود عليه فى استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك فى البيع الذى هو تمليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شئ فى حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أى منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل صح ايقاعه فى الشائع كما قلنا فى الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استئجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به فى الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك فى تلك الصورة أجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجير وحد وذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسى كالحمل فينبغى أن لا يصح ايقاعه فى الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه فى العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسى كما يومئ اليه اقحام المنفعة فى قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسى هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة فى استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه فى الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما فى النهاية وقوله والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففى كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التى وقع عليها العقد فينبغى أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ايقاع ملك المنفعة فى المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعى واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعنى ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسى لا يتصور فى الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما فى العناية ففيه ما فيه فتأمل فى التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام فان زرعها بعدما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب

ما فيه من تمليك المنافع المعدومة ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير فلا يجب بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا وجب أن يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزأ (قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض لانه ان زرعها جاز أن يكون ما زرعها مضرا بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد فى ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر ولا ينفرد أحدهما بالتعيين ثم الاستعمال تعيين أحدهما فلا يمنع ذلك

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى

ذكر هذه المسئلة الخ قال المصنف (وفى القياس لا يجوز) أقول قال الكاكى أى لا يجوز العقد أى لا ينقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفى شرح الشاهان أى لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى فتامل أنت

وصاركما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة (ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم مايحمل عليه فحمل مايحمل الناس فنفق فى نصف الطريق فلاضمان عليه) لان العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى) استحسانا على ماذكرنا فى المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفى المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد

العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد اه كلامه (أقول) لامعنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد فان ماذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضى العقد وأما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلامجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لايعود الا بالتجديد لامحالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضى العقد ولعل لفظة قبل فى قوله قبل نقض القاضى وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضى لايعود جائزا (قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) قال صاحب العناية فى حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العينى (أقول) لايخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لاتقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام الشئ من آثار بقائه واقتضائه والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ماهو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله فى وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافى فى التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضى الاجل فيرتفع الفساد اه هذا وقال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ماهو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع مايضر بالارض لجواز أن يكون مازرعها مضرا بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد فى ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شئ احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لايتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغى أن لايقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذى قاله صاحب الفوائد بقوله ولى فى هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذى فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما فى تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى مافى النهاية ومعراج الدراية (أقول) فى الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلا وهذا مما لاسترة به فالكلام الفيصل أنه ان اعتبر فى وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر فى الارض ورضاه بما عمل فيها فلايتجه الاشكال المذكور رأسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى

قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذى فسد باعتباره توقع المنازعة بينهما فى تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع (قوله وصاركما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة) جعل هاتين المسئلتين مقيسا عليهما وزفر رحمه الله لا يقول بالانقلاب الى الجواز فيهما الا انه لما أقيمت الحجة وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد فبعد اسقاطه صار تا بمنزلة المجمع عليهما ويحتمل أن يكون هذا من قبيل رد المختلف الى المختلف لزيادة الايضاح ومثله كثير (قوله لان العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة) والامانة لاتضمن الا بالتعدى وحمل مايحمل عليه الناس ليس من التعدى (قوله فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ماذكرنا) أى فى المسئلة الاولى وهو قوله وجه الاستحسان

اذ

(ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم مايحمل عليه فحمل عليه مايحمله الناس فهلك فى نصف الطريق فلا ضمان عليه لان) الاجارة وان كانت فاسدة ف(العين المستاجرة أمانة فى يد المستاجر) لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز اذ لاحكم للفاسد بنفسه لان مباشرة مامور بنقضه فلابد وان ياخذ من الصحيح حكمه (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر فى المسئلة الاولى) وهى قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه مايحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه وفى المسئلة الاولى قبل أن يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد والله سبحانه وتعالى أعلم)

قال المصنف (وصاركما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال فى النهاية بان باع أو آجر الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن ياخذ الناس بالحصاد انتهى وفى شرح الشاهان والدياس انتهى

(باب ضمان الاجير) لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع فى بيان أحكام بعد الاجارة وهى الضمان وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع أجير وهو على نوعين أجير مشترك وأجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لايستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى لانه لايعلم من لايستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور أجيب بانه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لايستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لايصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح

(باب ضمان الاجير) (قوله شرع فى بيان أحكام بعد الاجارة وهى الضمان) أقول اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قبيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أى الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره لكن اللام اذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف الى الجنس هكذا قيل (قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ) ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لايخرج منه شئ الا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه

اذا الفساد قائم بعد

(باب ضمان الاجير)

قال (الاجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص

لاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضى به أولا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب ضمان الاجير)

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لانه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا فى غاية البيان ويقرب منه ماذكر فى معراج الدراية فقال لما ذكر أنواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع فى ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صحيحها وفاسدها ساقت النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهى الضمان فذكرها فى هذا الباب اه ويقرب منه ماذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع فى بيان أحكام بعد الاجارة وهى الضمان اه ولايخفى على ذى فطنة مافى تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهى الضمان انتهى فان ضمير هى راجع الى الاحكام ولاريب ان الضمان حكم واحد لا أحكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثانى ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لايصلح تفسيرا للاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لاغير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لامؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لامؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لامؤاجرا يلزم أن يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لابمعنى مفاعل فتامل ورد عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لايكون الا من الثلاثى وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعنى به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو فى كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثى يكون من المزيد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى فى شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب أليم أى مؤلم على رأى وقال وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلايعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزى فى المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم فى أنه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كله صريح فى خلاف مازعم فكأنه لم يذق شيأ من العربية

أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا وفى القياس يجب أجر المثل لان المنافع قد استوفيت باجارة فاسدة والحكم فيهما ماذكرنا

(باب ضمان الاجير)

الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه فى حقه الوصف الذى

تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك فى المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لايخفى وكان لابد منه (قوله وأجيب بانه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لايستحقها حتى يعمل من استؤجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولاحاجة الى الحوالة

لكن قوله لان المعقود عليه ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لايصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لايستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع أمانة فى يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبى حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لايمكنه العمل الا به) ولا حفظ (فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر) فانهما يقولان انما تصور المسئلة فى حافظ الامتعة باجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده أمانة (بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لاتقصير من جهته ولابى حنيفة أن العين فى يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت فى يده بسبب لايمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين فى يده مضمونا لضمنه كما فى المغصوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان مانحن فيه الحفظ فيه (٦٢)

فالمشترك من لايستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا كما قال (والمتاع أمانة فى يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لايمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لايمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لانه لاتقصير من جهته ولابى حنيفة رحمه الله ان العين أمانة فى يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لايمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما فى المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا

(قوله فالمشترك من لايستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه يحدث فى العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة كالقصار والصباغ والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افترق الاجير المشترك مع الخاص فى أن الاجير المشترك لايمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول من العمل فى الاجير المشترك بمنزلة الدين فى ذمته وذلك لايصلح مانعا مثله من غيره والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او المسافة ومنافعه فى حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لم يتمكن من ايجابها لغيره وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا فى الذمة لايتعذر عليه قبول السلم من غيره والبيع كان يلاقى العين فبعد ما باعه من انسان لايتمكن من بيعه لغيره (قوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل) يعنى اذا شرط أن يعمل هو بنفسه وقوله أو أثره اذا لم يشترط أن يعمل هو بنفسه (قوله ولان الحفظ مستحق عليه) اذ لايمكنه العمل الا به يريد به أن المعقود عليه الحفظ أيضا وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن عيب بسبب الهلاك الذى لايقع الا لتقصير فى الحفظ ولو بالغ لاندفع فاذا هلك بجهة

مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا) وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلى بل لاقامة العامل فكان تبعا

قال المصنف (فالمشترك من لايستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لايستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة قال المصنف (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل) أقول عندى فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف دورى فان علم استحقاق الاجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل ولهذا على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمنى (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندى أنه تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لايستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لايبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما) أقول قال الزيلعى وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم اهـ وفى النهاية روى عن عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن على رضى الله عنه أنه كان لايضمن القصار والصائغ ونحوهما ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا باقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم بقدر الامكان اهـ كلام صاحب النهاية فكانه أراد بالصلح مجازه وهو الحط وفى فتاوى قال ابن البزازى معناه عمل فى كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف اهـ

ولهذا لايقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لاضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار

تقديم المشترك على الخاص دورى اهـ يعنى أن السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك فى المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العينى لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لايخفى وكان لابد منه الى هنا كلامه (أقول) ماذكره بقوله لكن تقديم المشترك ههنا الخ ليس بتام أما أولا فلان معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد هى الضمان وجودا وعدما والا أى وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لايصح عنوان الباب على قول أبى حنيفة أصلا اذ لاضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لايصح ذلك عندهما أيضا الا فى بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لاينبغى أن يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب مايعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك فى المشترك وأما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هنالك الى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هنالك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هنالك نفس الاختيار لاغير كما أشرنا اليه فى تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر فى العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجح أحدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لايضر بتمام ماذكره وقوله وكان لابد منه مما لاصحة له نعم يمكن منع تساوى الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعنى تعريف الاجير المشترك بقوله من لايستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته الى الدور لان هذا حكم لايعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لايحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لايحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لايستحق الاجرة حتى يعمل من هو فلابد للمعرف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا أن هذا تعريف للخفى بما هو أشهر منه فى فهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل لابقوله أو باستيفاء المعقود عليه فى باب الاجر متى يستحق فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذى يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب خلل أما أولا فلان قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور ومايستلزم الدور يتعين فساده ولايمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا أن هذا تعريف للخفى الخ وأما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وماذكر فى التعريف

يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير تاركا ذلك الحفظ الذى ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعة اذا كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا لانه لايتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه ومالا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا الا أن مالايمكن التحرز عنه يكون عفوا كالموت حتف أنفه والحرق الغالب أو غيرهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير منه وله أن العين أمانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعة وهى اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الوحد وهذا لان الضمان انما يجب بالتعدى

(ولهذا لايقابله الاجر) واذا كانت تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه الخ) وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مدها بملاحها مضمون عليه وقال زفر والشافعى لاضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك مايدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب الا بالاطلاق فصار كالاجير الوحد ومعين القصار

قاضيخان الفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله

أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عمن هو بانه هو الاجير المشترك وأما ثانيا فلان المذكور فى باب الاجرة متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هنالك سبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة فى معان ثلاثة هى شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال فى توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذى يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين فى النهاية بعبارة أخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بانه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اه (أقول) أصلح الجواب فى الجملة كما ترى ولكن فيه أيضا خلل لانه ان أراد بما علم مما سبق فى ذلك الباب ما ذكر هنالك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به فى النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من أن ذلك حكم عام للاجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان أراد به ما ذكر هنالك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله فى تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدورى وذكره فى مختصره ولم يذكر معه شيأ آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده فى البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور فى الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيأ يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذا لم يذكر معه شئ يحصل به معرفته فاما أن تحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذى هو المعرف فيلزم الدور أو لا تحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد فى الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة ثم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية اه (أقول) انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية فى دفعه لو كان معنى قوله المذكور والمشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل أصلا على ما سيجئ فلا انتقاض بذلك أصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر وكان الامام الزيلعى تدارك هذا المعنى حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعنى

أو بالعقد ولم يوجد واحد منهما أما التعدى فلانه قبض باذن المالك وأما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا لضمنه كالمغصوب

ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه

الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل اه فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعنى قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه فى هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل فى التعليل غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا أيضا فلو صح تفريع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه) أقول فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر فى أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله أثر فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين ليس له أن يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم فى العين فلا يتصور حبسه اه فقد تلخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر فى العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر فى العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه فى النوع الاول هو الاثر وهو الوصف

وأما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل قلب الحقيقة فلا يصار عليه الا عن ضرورة كما فى الحبس اذ لا يقدر على حبس أثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا اذ العقد عقد حفظ والاجر فى مقابلة الحفظ وعن على رضى الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك فكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض (قوله وهو المعقود عليه حقيقة) أى الاثر (قوله فلم يكن ماذونا فيه) أى فى المعيب لانه ليس بوسيلة الى الاثر (قوله

ولنا ان الداخل تحت الاذن أى الامر ماهو الداخل تحت العقد لان الامر اما بالعقد أو لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مامورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه) أقول قوله الذى صفة للاثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وللمتبرع أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)

بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال

القائم فى الثوب والمعقود عليه فى النوع الثانى نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذ لم يكن لعمل الصانع فيها أثر فى العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا فى الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه اه نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمله كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى فى التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر فى البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده) قال صاحب العناية وللملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره فى الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين اه (أقول) هذا لا يجدى شيأ لان صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع فى صورة حصول المضرة به لغير من تبرع له بل أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين أيضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لا تقتضى السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضى جواز ذلك اذا تضمن ضرر الغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل فى ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغى أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بان التقصير هناك فى الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير فى نفس العمل الذى هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمى وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال فى الكفاية لا يقال ان ضمان بنى آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب

الا أنه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة) قيل انما هو اذا كان ممن يستمسك على الدابة

(واذا

ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لا تقتضى السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره وقوله (وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أى بفعله (بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمى وضمان الآدمى لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته فى المكان الذى حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر وأعطاه الاجر بحسابه) وانما وضع المسئلة فى الفرات لان الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) انه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما فى تخريق الثوب بالدق (فان السقوط بالعثار فى الطريق أو بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضى أن لا يخير عند أبى حنيفة بل يضمنه قيمته فى المكان الذى انكسر لان المال عنده أمانة فى يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته فى المكان الذى حمله منه (فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدى عند الكسر فيختار أى الجهتين شاء فان اختار الوجه الثانى فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع (٦٧) بيان ليس فى رواية القدورى وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما فى القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما فى الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد أنها اذا لم تكن بامره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه أى السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين أن الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا يخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنايته انتقص ضمانه أجيب بان

(واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته فى المكان الذى حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر وأعطاه الاجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الوجهين شاء وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى وفى الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بامر مولاه

انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك فى مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولو لا التعدى لما ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة فى يد الاجير ان هلك لم يضمن شيأ كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا ومخالفة الاجير لاذن المستاجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجئ من المصنف

وركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله فى الوضع كذا ذكره التمرتاشى رحمه الله ولا يقال ان ضمان بنى آدم يجب بالتسبب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدى (قوله واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات) انما وضع المسئلة فى الفرات لان الدنان تباع هناك واعلم ان الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف فى يده بغير فعله بان زحمه الناس ففى وجوب الضمان عليه خلاف بين أبى حنيفة رحمه الله وصاحبيه كما فى ضمان الاجير المشترك وان تلف بفعله بان يعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذى سقط وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشى معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشى معه

(قوله فلانه اذا انكسر فى الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما فى الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويفيد أنها اذا لم تكن بامره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكر فى الروايات يفيد نفى الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونه فى تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدما تبتنى (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفى صحة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة

فمات فلا ضمان عليه) وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان و وجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال (والاجير الخاص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل

التصريح بوقوع التعدى فى المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه فى الاحكام (قوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر فى مسئلة القدورى عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر فى مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فجعل المذكور فى احداهما مذكورا فى الاخرى كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك فى البيان عبارة الكفاية فانه قال فيه الان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما فى القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما فى الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد أنها اذا لم تكن بامره ضمن اه كلامه (أقول) فى بيانه خلل فانه جعل الهلاك أيضا من البيان الذى فى عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان ان فى كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور فى كل واحد منهما غير مخصوص باحدهما فانه قال فى مختصر القدورى فيما عطب من ذلك وقال فى الجامع الصغير فنفقت وفى كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما فى مختصر القدورى صرح فى ذلك بما فى الجامع الصغير فان أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات (قوله والاجير الخاص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل) قال

يصير مسلما باتصاله بملكه ولم يوجد تسليم المعقود عليه بملكه فثبت الخيار لهذا فان قيل كان ينبغى أن لا يخير عند أبى حنيفة رحمه الله على هذا الوجه ولكن يضمنه قيمته فى المكان الذى انكسر لان المذهب عنده ان المال أمانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان أمانة وقت القبض وجب أن لا يضمن قيمته فى المكان الذى حمله منه قلنا له فى ذلك الضمان وجهان أحدهما أن هذا ليس كذلك على الاطلاق ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده ان هلك بصنعه ظهر أنه كان مضمونا عليه وان سلم ظهر أنه كان أمانة وهنا لما هلك بزلقه ظهر أنه كان مضمونا عليه فجاز أن يكون له الخيار على الوجه الذى قلنا والوجه الثانى هو انه وجد سبب الضمان فى مكان الحمل منه لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذى وقع كسرا وفسادا الا أن الافساد الحاصل من عمله استند الى حالة العقد لان الفساد بعمله انما أوجب الضمان باعتبار العقد لانه لولا عقد الاجارة لكان الاجير معينا فى الحمل ولا ضمان على المعين فيما أعان ولما كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم يحال به على السبب فلهذا كان له أن يضمنه قيمته فى المكان الذى حمله منه (قوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان) لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان (قوله والاجير الخاص الذى يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل) أى سلم نفسه ولم يعمل مع التمكن أما اذا امتنع من العمل ومضت المدة أو لم يتمكن من العمل ومضت المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس

محمدا قال فى النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو مقصود لا ثانى له فى النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما فى قطع اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف فى البدل يعتمد التساوى فى السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة أجيب بان كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة شخص أو لرعى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر

(قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث

سكن

(قوله ولهذا) أى ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد فى خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف

ما اذا فتقه أجنبى لانه بفتق الاجنبى لا يمكن أن يجعل كان الخياط لم يعمل أصلا ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف فى يده) بان سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بان انكسر القدوم فى عمله أو تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى (أما الاول) وهو ما اذا تلف فى يده (فلان العين أمانة فى يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة فى كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه (والاجير الوحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثانى) وهو ما اذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فاذا أمره بالتصرف فى ملكه صح و يصير المامور) أى الاجير (نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) وانما سمى أجير وحد لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف فى يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين أمانة فى يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثانى فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هنالك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بانه تعريف دورى لا يتمشى ههنا يظهر ذلك بادنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن فى تحريره أيضا ركاكة لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا أن يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير وقد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة فى كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه كذا فى العناية أخذا من الكافى قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين فى الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء فى الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر أن ما ذكر هنا حكمة حكمها بضمان الاجير المشترك وما ذكره فيما مر فى الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافى بينهما أصلا على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم

(قوله كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) واعلم أنه اذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرا فهو أجير مشترك الا أن يقول ولا ترع غنم غيرى فحينئذ يصير أجير وحد وان ذكر المدة أولا بان استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم فهو أجير وحد الا أن يقول وترعى غنم غيرى (قوله ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) أى ولانه يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل ويستحق الاجر وان نقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه لا يستحق الاجر اذا نقض عمله قبل أن يقبض رب الثوب لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب فانه روى عن محمد رحمه الله فى خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر انما يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه أجنبى لان بفتق الاجنبى لا يمكن أن يجعل كان الخياط لم يعمل أصلا (قوله ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف فى يده) أو سرق منه أو غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم فى عمله أو تخرق الثوب من دقه هذا اذا لم يتعمد الفساد لانه بائع

(قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول يعنى نقضه أجنبى (قوله لحصول القبض باذنه) أقول القبض بالاذن حاصل فى المودع باجر وهو ضامن لما تلف فى يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها) أقول فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين فى الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء فى الحفظ والاظهر أن يقال وكذا عندهما لعدم جريان وجهى الاستحسان فى أجير الوحد فبقى على القياس

(باب الاجارة على أحد الشرطين) لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا قال للخياط الخ) اذا قال الرجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق وأي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذلك اذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم

محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكروا وأما الجهالة التي في طرف العين المستاجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمها اذ المستاجر يريد هذا والمؤجر يريد فع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشئ اذ ليس فيه شئ زائد على ما ذكروا في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستاجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين

منفعته والمنفعة سليمة وانما الحرق في العمل الذي هو تسليم للمنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع اذا تعدى وعلى هذا أجير القصار وسائر الصناع اذا استؤجروا لم يضمنوا المن استأجرهم الا بما تعدوا فيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ أجير وحد ولا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه أجير خاص كذا في الايضاح

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(قوله وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء) بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى بغداد أو الى واسط بكذا وكذا هذا في أنواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلك ثلثه وان زرعتها بكرابين فلك نصفه وأي ذلك عمل فله شرطه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله والمعتبر في جميع ذلك البيع فانه اذا اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيره بين ثلاثة أثواب ولا يجوز في الاربعة فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والوسط والردىء ولا حاجة الى الاربعة لاندفاعها بما دونها (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع) يعني انما يفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(قوله اذا قال الرجل للخياط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا ليس هذا تعليقا لعقد الاجارة بامر آخر كان يقول ان جاء زيد فقد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعني خيار التعيين

وقال

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان ففي أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فانه به يتعين الاجر لزوما عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين

وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستاجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتامل في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم أو نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر لزومه عند العمل كما تقدم اه (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد ففي أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل

الخيار فانه اذا باع أحد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار أي خيار التعيين وجوزوا عقد الاجارة في أحد المنفعتين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا تجب بالعقد وانما تجب بالعمل فاذا أخذ باحد العملين صار معلوما (قوله وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيانه لو أفرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا لتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجرة وكذا لو أفرد العقد

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول آنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شئ بل حقيقته التعليق لمكان أن وجوابه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول أن بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله آنفا من أن ذكر اليوم للتاقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتامل ويجوز أن يحمل الكلام على الالزام

(ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أي للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لحط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم

ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة

دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامامين جعلا اليوم في مسئلة أن يستاجر ليخبز له اليوم كذا بكذا للتعجيل هربا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا اه (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم ههنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقته وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هنالك وهو يصحح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هنالك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما ولقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة خبز الخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا قلت هنالك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح أيضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن اه كلامه (قوله ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أي للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مراده كذا أي عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لحط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير الى هنا

على الغد بان قال خط غدا بنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع في كل يوم تسميتان على سبيل البدل فيجب أحدهما وهي مجهولة فيفسد ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق لان الغد كما يذكر للترفيه يذكر للاضافة والتعليق بل للاضافة حقيقة وللترفيه مجاز والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام الدليل على ارادة الحقيقة هنا فانه لو أريد بذكر الغد الترفيه يفسد العقد في اليوم لاجتماع تسميتين فيه كما قاله زفر رحمه الله وكذا لو لم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد في الغد لاجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التأقيت والعقد على التعليق اعمالا للحقيقة وتحريا لجواز العقدين ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعجال في قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم لان حمله على الاستعجال ثمة تحريا للجواز أيضا فانه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد لانه حينئذ يصير المعقود عليه أحد الامرين أما تسليم النفس باعتبار الوقت أو العمل بذكر العمل ولان التعجيل والتأخير مقصودان مختلفان فنزل منزلة اختلاف نوعي العمل ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته وهو التأقيت لقيام الدليل على ارادة المجاز اذ في حمله على التاقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التعجيل لا يقال ان أبا حنيفة رحمه الله ينبغي له أن يجعل ذكر اليوم للتأقيت هنا وان كان فيه فساد العقد كما في قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتأقيت حتى قال بفساده لانا نقول ذكر اليوم هنا للتعجيل بقرينة وهي ان مقصوده العمل بدليل التزام الاجر بمقابلة العمل في الغد ولم توجد تلك القرينة في تلك المسئلة ولان زيادة الاجر بسبب التعجيل والنقصان بسبب التأخير بيان عنه ان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت اذ لو كان للتوقيت لما زاد الاجر للتعجيل ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر فيه فصار ذكر الغد للاضافة واليوم

قال المصنف (ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت) أقول قيل اذا تاملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية يجعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقته أعني التوقيت لزوم فساد العقد ومنه يفهم أنه حمل على مجازه لهذا المناط اذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرف نعم لو جعل المناط من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زاد له في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى أخر وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريب ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيده فتأمل وفي كتاب الصرف في مسئلة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصا في شرح ابن الهمام (قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو لحط النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التاخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما مر مرارا

ولا

(ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل (فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجيرا وحدو هما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل (وحينئذ تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما

ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل

كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتاخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتاخير فتجويز ذلك المعنى ههنا افساد لدليل أبي حنيفة بل لمدعاه أيضا فكانه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتاخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة اه ولكن لا يخفى على الفطن أن تجويز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبي حنيفة فانهما يقولان لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجيرا وحده ماما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجير أجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل أولا وأجير وحدان وقع ذكر المدة أولا وصرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد وفي مسئلة المخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فافسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيعمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا فافسد العقد اه كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز

للتعجيل والمضاف الى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع فيه تسميتان وما قالاه أنه حمل اليوم على التوقيت هنا لتصح الاجارة في الغد فاجاب أبو حنيفة رحمه الله أنه متى حمل على التأقيت يفسد في اليوم لانه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولا وجواز العقد انما يثبت بدلالة الحال اذا لم يكن المفسد منصوصا والتأقيت مع ذكر العمل منصوص عليه وهو مفسد ولا اعتبار للدلالة مع النص المفسد وفي

على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسئلة المخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد وههنا للتعجيل وصححه وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أن له في اليوم الثاني أجر مثله

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير) أقول ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى رحمه الله هى الصحيحة (وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى) وأما عندهما

لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى فى اليوم الثانى وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم فى الشهر

قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال فى حيز النزاع فلابد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال اه (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة أخرى مذكورة فى المحيط البرهانى وهى ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد فى الامالى ان خاطه فى اليوم الاول فله درهم وان خاطه فى اليوم الثانى فله أجر مثله لا يزاد على درهم فى قولهم جميعا لان اسقاط الاجر فى اليوم الثانى لا ينفى وجوبه فى اليوم الاول ونفى التسمية فى اليوم الثانى لا ينفى أصل العقد فكان فى اليوم الثانى عقد الا تسمية فيه فيجب أجر المثل اه لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد فى اليوم الاول فى هاتيك المسئلة كما أفسده فى حالة الانفراد مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الاجر بالكلية فى الغد واذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم فى تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة المخاتيم جدا على قول أبى حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لابى حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل اه (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكال رأسا اذ لا نسلم ان أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل فى الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هنالك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد وانى تتبعت عامة المعتبرات ولم أجد فى شئ منها ما يدل على صحة العقد فى الصورة المزبورة عند أبى حنيفة بل وجدت فى بعض منها التصريح بعدم صحة العقد فى تلك الصورة فان الامام الزاهدى قال فى شرحه لمختصر القدورى نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل اه نعم قد قيل فى الكافى وكثير من الشروح فى أثناء بيان دليل زفر فى المسئلة التى نحن بصددها توضيحا لقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو أفرد العقد فى اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه فى الغد استحق الاجرة كذا ههنا اه لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور فى دليل زفر انما ينتهض حجة على الامامين فانهما يقولان بالتعجيل حالة الافراد لا على أبى حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول فيه نظر اذ قد تقرر فى أول باب

حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذكر اليوم الموجب للفساد لقرينة زائدة على ما مر (قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) وهذا يدل على أنه قد يزاد على نصف درهم وروى عن

فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنت فيه حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبى حنيفة خلافا لهما وان استأجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبى حنيفة خاصة كما فى نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشيئين وكذلك الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمة يجب بالعمل وعنده وان ترتفع الجهالة أما فى هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية فى الدار والدكان والتسليم فى العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أى قوله يجب الاجر بالتخلية

(قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب فى جهالة المسمى أجر المثل بالغا ما بلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين فان هذا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم فى العبد) أقول فيه شئ وكان الظاهر

وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأى الامرين فعل استحق الاجر المسمى فيه عند أبى حنيفة وقالا الاجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابى حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك فى مطلق العقد وكذا فى

الاجارة الفاسدة أن التسمية فى الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلا بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهل هذا الا مخالف لما تقرر (قوله أما فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما) قال صاحب التسهيل يرد على أصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الاجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بان الاجر وان وجب فى الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لابد فى وجوبه من قطع المسافة المعينة فى ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففى مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعنى ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بان يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين اللذين سميا فى العقد للتيقن به (أقول) لقائل أن يقول لو جاز الاخذ بالاقل فى دفع الجهالة الواقعة فى باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن فى هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ووجب أقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به أحد

أبى يوسف وعن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لا يزاد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم فحصل عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان ووجه هذه الرواية ان الواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى فى اليوم الثانى نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى فى اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية فى اليوم الثانى لان اعتبار المصرح أولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم ووجه ظاهر الرواية أنه اجتمع فى الغد تسميتان فتعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا أولى من الترجيح بالمصرح فان خاطه فى اليوم الثالث فالصحيح أنه لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله لانه اذا لم يرض بتأخيره الى الغد بأكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد أولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه (قوله فهو جائز ويحتمل الخلاف) ذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة ولم يحك فيها خلافا فاحتمل ان يكون هذا قول الكل واحتمل أن يكون هذا قول أبى حنيفة رحمه الله خاصة كما فى نظائرها من المسائل (قوله وهذا الحرف هو الاصل عندهما) أى الاصل عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى عند التسليم أيهما يجب يفسد العقد (قوله ولابى حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فوجب القول بصحته كما فى الفارسية والرومية) وهذا لان السكنى وعمل

والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابى حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا أى كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أى اسكانه الحداد لا يدخل فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها (قوله والاجارة) جواب عن قوله يجب الاجر بالتخلية الخ وتقريره أن الاجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به

أن يقال والتسليم فى الدابة

فيه ما لا يصح وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه (وانما كان فواته فى الاجارة لا يمنع الرد وفى البيع يمنع لان رد الكل فى البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أى ولان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة (يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة) لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعى قال فى المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستاجر أن يمتنع من القبض

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان فى المضى عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استاجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما أجر فسخ القاضى العقد وباعها فى الديون) لان فى الجرى على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر

معلوما أو يركبها مسافة سماها وانما يمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثانى كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعى من عدم صحة شرط الخيار فى عقد الاجارة مطلقا فليتأمل (قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العز القول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير

(قوله بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه أى فوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه فى البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما ان التكليف انما شرع بحسب الوسع والطاقة ففى البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لامكانه ولم يشترط فى الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى لو اشترى شيئا ولم يعلم بانه معيب ثم حدث فى يد المشترى عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث (قوله فيشترط فيه دونه) أى فيشترط رد الكل فى عقد البيع لامكانه لا فى عقد الاجارة لعدم امكانه (قوله ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة) كما اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستاجر ان يمتنع من القبض فى باقى السنة عندنا لان الخيار لو ثبت انما يثبت لتفرق الصفقة فى المعقود عليه والعقد كما وقع وقع متفرقا فانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثانى من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم فى أحد العقدين لا يؤثر فى الآخر وعند الشافعى رحمه الله للمستاجر حق الفسخ فيما بقى لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات بعض ما يتناوله العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقى لاتحاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض (قوله وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا تفسخ) بعذر و بغير عذر الا بالعيب وعند شريح رحمه الله تفسخ بعذر و بغير عذر لانه عقد على المعدوم كالعارية والحوالة للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم (قوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى بموجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) فان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه باصل القياس

فى بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك وقال الشافعى رحمه الله للمستاجر أن يفسخ العقد فيما بقى بناء على الاصل الذى بينا ان المنافع عنده فى حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقى لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعى لا تفسخ الا بالعيب) بناء على ما مر مرارا (لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو) أى المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعى محجوج بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع أو استاجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس أو استاجر رجلا ليقطع يده لآكلة وقعت بها ثم

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون اقامة الدار مقامها مثلا

(ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بان المستاجر فى ملك منافعه كالمولى وللمولى أن يسافر بعبده فكذا المستاجر وأجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بان مؤنة الرد فى باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا انما لا تقبله فطرة سليمة * ثم أقول فى دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف فى عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف فى ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك أن فى كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله فى الوجه الذى اختاره و بالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها فى باب على حدة ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه أخر الاحكام التى تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا فى الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة فى هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ اذ مداره على أن لا يجرى الوجه المزبور فى الصورة الثانية كما ينادى عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد فى عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا فى نفس عقد الاجارة كما فى بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما فى البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد فى شئ تأمل ترشد (قوله ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستاجر فى ملك منافعه ينزل منزلة المولى فى منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر باجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر لا يملك رقبة أجيره كذا فى الكافى وعامة الشروح ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بان مؤنة الرد فى باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه فى الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستاجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستاجر بالعبد فى باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم يشترط ذلك فتأمل وطعن صاحب العناية فى الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهى قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول و يلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب أن يقال لا نسلم ان المستاجر فى منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بمكان وزمان فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى

(قوله واعترض بان المستاجر) أقول معارضة (قوله وأجيب بان مؤنة الرد فى باب الاجارة على الآجر الخ) أقول فى الفصل الحادى عشر من المحيط البرهانى واذا استاجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة فى اجارات الاصل وذكر فى صلح الاصل أن من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الائمة الحلوانى فى شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله فى القرى وأفنية البلد قال وهذا كما قلنا فى باب الاجارة من استاجر عبدا يخدمه ليس له أن يسافر به وله أن يخرج الى أهله وأفنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى يفرق بين مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول فى مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستاجر للخدمة ويحكى عن الفقيه أبى اسحق الحافظ أنه كان يقول لا رواية عن محمد فى فصل الاجارة فلقائل أن يقول للمستاجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما فى الصلح ولقائل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية فى الاجارة فى اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع فى مسئلة الصلح فتامل

لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه تغر رحمه فى الاجر فالمستاجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر مالم يلتزمه من مؤنة الرد ور بما يربو على الاجرة وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد له ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول و يلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لا نسلم أن المستاجر فى منافع العبد كالمولى له فان المولى المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى له والعرف يوجبه أودفع ضرر مؤنة الرد على ماذكرنا يوجبه (ولهذا جعل السفر عذرا) يعنى اذا استاجر غلاما يخدمه فى المصر ثم أراد المستاجر السفر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسادرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا تفسخ به الاجارة

ولهذا جعل السفر عذرا فلابد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار فى الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب (ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستاجر أن ياخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن

والعرف يوجبه أودفع ضرر والمؤنة على ماذكرنا يوجبه انتهى كلامه (أقول) فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح أيضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو أيضا انما يملكها بعقد ضرورى هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد بخلاف المستاجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل فى اطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر ومدار الثانى على ان كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا أن الخدمة فى الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المحال للاخرى كما فى الركوب فانه اذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب فكذا ههنا و يرشد الى ماقررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين فى الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة فى تعليل هذه المسئلة على ماذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام فى مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد ور بما يربو ذلك على الاجرة

(قوله ولهذا جعل السفر عذرا) يعنى اذا استاجر غلاما يخدمه فى المصر وأراد المستاجر أن يسافر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر المستاجر فلهذا جعل عذرا (قوله كما فى الركوب) يعنى اذا أطلق الركوب فاذا تعين ركوبه لا يكون له ولاية اركاب غيره وكذا فى العكس فان قيل هو فى ملك منافعه نزل منزلة المولى فى منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلماذا لا يكون له ان يسافر به قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته (قوله فصار كما اذا هلك العبد) أى فى ذلك العمل فانه يجب على المستاجر قيمته ولا أجر عليه فيما عمل لان المستاجر صار غاصبا له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر فان قيل يشكل هذا بما اذا دفع الارض الى عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها العبد ببذره فهلك العبد فى عمل الزراعة فانه لا يضمن قلنا ان البذر لما كان من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير صاحب الارض

(قوله فلابد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فاذا تعينت الخدمة فى الحضر فلا يبقى غيرها داخلا كما فى الركوب) فانه اذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا (ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفى القياس له ذلك لانه يقتضى أن لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه) للمستاجر

(قوله لان المنفعة فى النقل كانت له) أقول يعنى كانت للاجير (قوله وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به لما أنه ليس عقدا برأسه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلابد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه والا فما الفرق والجواب أن الفرق واضح فان المدعى عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل فى النهاية (قوله و يلزمه) أقول أى يلزم الآجر (قوله وليس المستاجر كذلك) أقول والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا

قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فأكله لم يضمن عند أبى حنيفة وقالا هو ضامن لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على مامر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور ماذون فى المنافع ولابى حنيفة أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز فى حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما فى يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه و يد الغاصب ليست بهما و يد العبد كذلك لانه فى يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه أجيب بانه تابع للام لكونه جزأ منها وهى محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهى غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر فى قولهم جميعا لانه ماذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على مامر) من قوله والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا كان ماذونا له وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر فى حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما باربعة

للمستاجر أن ياخذ منه (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وقالا هو ضامن) لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على مامر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما فى يده (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر فى قولهم جميعا) لانه ماذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على مامر (ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة)

فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا فى المبسوط والذخيرة انتهى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستاجر أن ياخذ منه الاجر) قال صاحب الكافى فى تقريره هذه المسئلة ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ماذكره المصنف قوله فعمل واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شئ وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استاجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهى الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذكر الوقت أجيرا خاصا وقد مر فى باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذى يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم فما معنى اعتبار العمل فى هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لابد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر أن ياخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر الا أنه لم يذكر هذا القيد صراحة فى وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس فى الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل فى الاجير الخاص الذى سلم نفسه ولم يعمل فما وجه

غاصبا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستاجرا حتى لو كان البذر من قبل صاحب الارض وهلك العبد فى عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب فى الصبى المحجور كذلك والمعنى انه فيه أمين اذ لا ضمان فيه كذا فى الفوائد الظهيرية وفى الذخيرة اذا هلك المحجور من العمل فى هذه الصورة فان كان المحجور صبيا فعلى عاقلة المستاجر ديته وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحجور عبدا فعلى المستاجر قيمته ولا أجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا (قوله ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه) قيد باجارة العبد نفسه لانه لو آجر الغاصب العبد كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق (قوله لان التقوم به) أى بالاحراز (قوله وهذا غير محرز) لان الاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك أو بيد نائبه و يد المالك لم يثبت عليه و يد العبد ليست يد المولى لان العبد فى يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما فى يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه وان لم يكن محرزا فى حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهى غير متقومة فكذا ما حصل منها (قوله فى حق الغاصب) أى غير محرز للمولى فى حق الغاصب ولكنه محرز للمولى فى حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب فى يد العبد يضمن (قوله و يجوز قبض العبد الاجر فى قولهم جميعا) وفائدته تظهر فى حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة لانه عاقد واما اذا آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة عن المولى لان القبض من حقوق العبد فيثبت للعاقد (قوله على مامر) اشارة الى قوله والمنافع ماذون فيه كقبول الهبة (قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين) وفى عامة

(قوله أجيب بانه تابع للام بكونه جزأ منها وهى محررة) أقول لا يقال هذا يخالف لما قاله الآن من أن العبد لا يحرز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافى كونه محرزا فى حق المالك

لانه المذكور أولا والمذكور أولا ينصرف الى مايلى العقد تحريا للجواز) وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى مايلى العقد تحريا للجواز كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى مايلى العقد (أو نظرا الى تنجز الحاجة) فان الانسان انما يستأجر الشئ لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى مايلى العقد والثانى معطوف عليه ينصرف الى مايلى الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بان المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة (قوله

لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى مايلى العقد تحريا للجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثانى الى مايلى الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه وأصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة

ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى مايلى العقد تحريا للجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت رأيت فى المبسوط والجامع الصغير للعتابى وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل فى كل واحد منهما استأجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فيبقى التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية فى نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرير فى أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بان المذكور فى الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة شئ ولا الجواب أما الشبهة فلان

الكتب استاجر عبدا شهرين شهرا بكذا وشهرا بكذا بدون اسم الاشارة وقوله تحريا للجواز وتنجز الحاجة لايطابقه وضع المسئلة فى المعين ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الآجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الآجر فيبقى التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين (قوله تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة) وهذا لانه ان لم ينصرف الشهر المذكور أولا الى مايلى العقد لكان الداخل فى العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلابد من صرفه الى مايلى العقد تحريا لجواز العقد وكذلك الاقدام على الاجارة دليل تنجز الحاجة الى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور أولا الى مايليه قضاء للحاجة الناجزة (قوله أصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه) فان مستاجر الرحى اذا اختلف مع صاحب الرحى فى جريان الماء فى المدة فان القول قول من يشهد له

ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهر خلا قوله فيترجح بحكم الحال فانه استشكل بان الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف أشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه فى المدة ولكن تعارض كلامهما فى اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لا موجبا للاستحقاق فهى فى الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

(قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا الخ) أقول فيه بحث فان المصنف انما يستدل بتنكير شهرا لا بتنكير شهرين فلا مساس لهذا السؤال ظاهرا ويجوز أن يقال قوله شهرا وشهرا تفصيل للشهرين بلفظ التنكير فاتحدا بهذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستأجر لفظا معرفا كما فى الكتاب فجواب الكتاب أيضا ما ذكر (قوله وأجيب ان المذكور) أقول المجيب هو الامام حميد الدين الضرير فى حواشيه على الهداية ثم قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابى والاسبيجابى والمعينة فى الفقه أنه لم يتعرض لقوله لهذين بل فيه اذا استاجر عبدا شهرين باربعة وشهرا بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجد له مخلصا سوى هذا انتهى ويقول الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه لما أنه حيث ينصرف الى مايلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل وانقطاعه

وانقطاعه

(باب الاختلاف فى الاجارة)

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفته لكن يحلف لانه أنكر شيئا لو أقر به لزمه

التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر فى شهرا باربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضى أن يتعين الاول منهما باربعة والثانى بخمسة لاحتمال أن يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج الى الاستدلال على كون الاول منهما باربعة والثانى بخمسة دون العكس بالتعليل الذى ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلانه لو كان المذكور فى الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبدا فى قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم أن الذى استاجره هو العبد الذى آجره المؤجر منه على أن كون اللام فى قول المستأجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام المؤجر مقدما على كلام المستأجر فى العقد وليس ذلك بلازم فان أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر لزم العقد فحمل المذكور فى الكتاب على قول المستاجر لا يقتضى تعريف الشهرين فى هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين فى تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع فى عامة الكتب من تنكيره ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكيره ذلك وتعريفه سيان عند تنكيره شهرا فى شهرا باربعة وشهرا بخمسة لما بيناه فى رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه المآلى حيث ينصرف الى مايلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذ لا يذهب عليك أن قوله شهرا باربعة وشهرا بخمسة من كلام المستاجر وانه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم أقول بقى ههنا كلام وهو ان الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش فى صورة ان كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور فى الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة فى باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة فى الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبنى الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير أيضا فى هذا الباب والله الموفق للصواب

(باب الاختلاف فى الاجارة)

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر فى هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض

الحال وان اختلفا فى قدر الانقطاع فقال المستاجر عشرة أيام وقال الآجر خمسة أيام فالقول للمستاجر والبينة للآجر وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه اذ الترجيح أبدا انما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف فى أصول الفقه والله أعلم

(باب الاختلاف)

(قوله لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أى لو أنكر عقد الاجارة كان القول قول رب الثوب فكذا

(باب الاختلاف فى الاجارة) لما فرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون

(باب الاختلاف فى الاجارة)

لعارض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان فى الاجارة فى نوع المعقود عليه كالقباء والقميص فى الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لانه أنكر مالو أقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة فى قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء وا عترض بان هنالك اتفق

المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا فى ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء وذكر فى بعض نسخ القدورى يضمنه أى يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعنى قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعنى قوله يضمنه مازاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد ووجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون فى عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم فى الغصب كذلك وان اختلفا فى وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند أبى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفاله أى خليطاله وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله الظاهر

قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير فى مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر فى بعض النسخ يضمنه مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفاله) أى خليطاله (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما (وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله) لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما أن

(قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار) يعنى به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة فى مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا فى الشروح واعترض بان المتعاقدين كانا هنالك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قباء وههنا قد اختلفا فى أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب وأجيب بانه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء هذا خلاصة ما فى النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذاك بسديد أما أولا فلانهما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدى مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا وأما اذا اختلفا فى المخالفة فلا تعدى على زعم الاجير ففى وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أى الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد فى الحكم لا التشبيه فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا (قوله والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعنى ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا

اذا أنكر صفته (قوله ومعناه ما مر من قبل) أى قبل باب الاجارة الفاسدة فى مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيط قميصا بدرهم فخاطه قباء (قوله وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ القدورى (قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه من الضمان) أى يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف أمر الآمر فى الوصف صار بمنزلة الغصب (قوله لانه ينكر تقوم عمله) اذ هو متقوم بالعقد ولا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير أجر ودعوى العمل بغير أجر اعانة والاعانة تبرع بالمنافع (قوله وينكر الضمان) أى وجوب الاجر (قوله حريفاله) الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف وهو الاكتساب وحريف الرجل معامله

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول فى الشرح الشاهانى أى لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب

لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضى الله عنه لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع *(باب فسخ الاجارة)* تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال (ومن استأجر دارا) تفسخ الاجارة لعيوب تضر بالمنافع التى وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعى فاذا استأجر دارا (فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبد الخدمة فذهبت كلتا عينيه وأما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه فى السكنى أو ذهبت احدى عينى العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيأ فشيأ وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما فى البيع وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذى حدث بعد قبض

المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع فان المشترى اذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض أصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر فى كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فيه اشارة الى أن عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ و) صحح النقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته

الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

(باب فسخ الاجارة)

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وأنها توجد شيأ فشيأ فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق فى البيع قبل القبض وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته)

الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف فى الاصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

(باب فسخ الاجارة)

وفسره هنا بالخليط وأراد به من بينك وبينه أخذ واعطاء مثل ان كان الرجل يعامل قصارا وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ودفع الثوب اليه فى هذه النوبة ولم يقاطعه فله أجر مثل عمله أى القول قوله فى انه عمله باجر وقال محمد رحمه الله من اتخذ دكانا وانتصب لعمل القصارة بالاجر فالقول قوله قال شيخ الاسلام رحمه الله وعليه الفتوى والله أعلم بالصواب

(باب فسخ الاجارة)

(قوله وانها توجد شيأ فشيأ) فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار وبهذا يندفع شبهة من قال ان عقد الاجارة لازم كالبيع ثم ان العيب اذا حدث فى البيع بعد ما قبضه المشترى ليس للمشترى ان يرده فكان ينبغى ان لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض فى الاجارة أيضا فقال ان العيب الحادث فى الاجارة بمنزلة العيب الحادث فى البيع قبل القبض لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيأ فشيأ فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب فى المبيع قبل القبض ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع اذا رضى بالعيب لا يرجع بالنقصان (قوله ما أزال به العيب) كاصلاح ما انهدم من الدار (قوله فاشبه الاباق فى البيع) أى اذا أبق المبيع قبل القبض لا ينفسخ البيع كذا هنا (قوله وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ) أى قوله ليس للمستأجر أن

(قوله واعترض بان هنالك اتفق المتعاقدان الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المسئلتين ما يجىء فى الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف (وقال محمد ان كان الصانع معروفا الخ) أقول قال الزيلعى والفتوى على قول محمد اه وما فى النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما فى شرح الشاهانى والفتوى على قول محمد اه ذكره جدى الشيخ الامام المحبوبى سقى الله ثراه فى شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد *(باب فسخ الاجارة)*

لانه جزء من المعقود عليه) أو رده استشهادا به على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث وأما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا اليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة (٨٤) بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستاجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه (ويصح

لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة غير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (وان عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا اليه من المعنى قال

ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر في أول باب الاجر متى يستحق أن الاجرة تملك باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاوليين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتعجيل الاجرة أو بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل ويستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستاجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة

يمتنع أي عن القبض ولا للآجر أي عن التسليم تنصيص على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ أي له حق الفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد بهذا ولكن لا أجر على المستأجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار وقال محمد رحمه الله في السفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت ألواحا ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر وقال محمد رحمه الله لا تشبه هذه الدار لان السفينة بعد النقض اذا أعيدت صارت سفينة أخرى ألا ترى ان من غصب من آخر ألواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة الدار فلا تتغير بالبناء عليها (قوله لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) ما في موت الآجر فلان المنافع التي تحدث على ملكه هو المعقود عليه وبموته تنتقل رقبة

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله به زائد لا طائل تحته بل مخل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمستحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبني على الفرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد وارث المستأجر

(ويصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الموجود في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكمال انما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو مالا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا

الدار ومنفعتها الى الوارث فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان تبدل الملك كتبدل المملوك ألا ترى انه لو باع الدار برضا المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره وفي موت المستأجر لو بقي العقد بعد موته انه يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى ان المستعير لا يخلفه وارثه هذا لان الوراثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما بقي وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلف الوارث فيه في الوقت الثاني كالعين واذا تعذر اثبات الارث تعين البطلان كعقد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولي الوقف لان العقد ينتقل الى ذلك الغير شرعا فلا يكون المستحق غير العاقد فانعدم ما ذكرنا من المعنى فان قيل لما كانت الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان تعمل اجازة الوارث فيه لان العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي قلنا انما لا يعمل اجازته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فلا يتوقف على اجازته والفقه ما بينا ان الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في أقواله ولا في عقوده التي عقدها لنفسه وعليه كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم أو وكل رجلا ببيع ماله فلم يبع حتى مات الموكل فان الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسئلتين لما قلنا انه لا يقوم مقامه في أقواله وهذا بخلاف النكاح حيث لا يبطل نكاح أمته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق مما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح (قوله ويصح شرط الخيار) في الاجارة) ويعتبر أول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان جواز الاجارة عنده بطريق ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ولو كان للمواجر فلا يمكنه التسليم أيضا لان المستأجر اذا استاجر دارا هذا الشهر مثلا فعلى الموجر التسليم شهرا بكماله فلما مضى بعض الشهر لا يمكنه التسليم على الكمال (قوله ولنا انه عقد معاملة) هذا احتراز عن النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد مقابلة أي معاوضة لان فيها تقابل العوضين وأما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة (قوله لا يستحق القبض فيه في المجلس) احترازا عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار

نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فالفسخ لاجله قال (ويصح شرط الخيار في الاجارة) اذا استاجر دارا سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ماهو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار

أخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

(باب اجارة العبد)

فتأمل فى الدفع والله الموفق *(باب اجارة العبد)*

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع فى بيان أحكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح فى ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها فى باب على حدة وأخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لاح لى من وجه المناسبة وما قيل فى بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة فى هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم فى الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه أن العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه فى شئ الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا فى عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا أن غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل الى هنا كلامه (أقول) فى الوجه الذى لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضى تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لا عامة للجنس ألا يرى أن مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذى ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضى هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر فى أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة فى البين فلا يتم التقريب وأما أو رده على الوجه الذى ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال فى تفسير اجارة العبد أى نفسه وقال واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم فى الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق فى باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلان الاجارة فى اللغة اسم للاجرة وهى كراء الاجير صرح به فى المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثى الاجر ومن المزيد عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وأن المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلان المذكور فى هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر فى الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه

الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع (قوله والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهو ان الغالب فى الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر أن لا يخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج الى ايجاب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العملين اذ الفضل لا يجب بالشك وقيل يجب الاقل و يتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا تتمكن الجهالة بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شئ معلوم ببدل معلوم وضم اليه الزيادة بزيادة فى البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل فى المعقود عليه والله أعلم بالصواب

(باب اجارة العبد)

قال

(ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية) بان يسلم العين المستاجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به)

(باب اجارة العبد)

تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته

(باب اجارة العبد)

(قوله تاخير ذكر اجارة العبد) أقول أى نفسه واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم فى الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق فى باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

برأت فانه لا يجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان فى المضى عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقى ثم ذكر اختلاف الروايات فى الاحتياج الى الحاكم فقال (ثم قوله) أى قول القدورى فى المختصر (٨٧) (فسخ القاضى اشارة الى الافتقار

ثم قوله فسخ القاضى العقد اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضى ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدا للمكارى فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخى عن أبى حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يفوته الاسترباح وانه أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذى يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل فى الصرف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية وهو يعمل فى الصرف فى ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره فى الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان

نص ولا اجماع ولا قول صحابى بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث فى عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما قالوا كترى من يقلع ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابى فى حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فان القياس أحد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر فى علم الاصول فيكفى

وقلنا العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والاضافة فى عقود التمليكات تمنع اللزوم فى الحال كالوصية (قوله انه فصل مجتهد فيه) لان فيه خلاف الشافعى رحمه الله على ما ذكرنا فلا بد من الزام القاضى قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله وهو الاصح (قوله ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا) بان ماتت المرأة أو اختلعت فيما اذا استاجر طباخا ليطبخ طعام الوليمة أو مات الولد فيما اذا استاجر الختان ليختنه (قوله وروى الكرخى رحمه الله انه عذر وهو) أى مرض المؤجر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة وهو المرض دون الاختيار وهو ما اذا بدا له من السفر وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فهذا لا يكون عذرا له وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيرى لا يشفق على دابتى ولا يقوم بتعاهدها كقيامى واذا تعذر عليه الخروج للمرض يلحقه فى ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد (قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) فان باعه مع هذا هل يجوز ففيه اختلاف الفاظ الروايات قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر ليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد رحمه الله (قوله تاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه) وقيل

الصدر الشهيد وقوله (أما الذى يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس) قيل وقد يتحقق افلاسه بان تظهر

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعى متاخر فكيف يبنى أئمتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه حمل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له الخ) أقول فاعل بدا ضمير والمعنى بدا له رأى أى

اليه فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين قال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى) وذكر وجهه فى الكتاب (وذكر فى وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضى) وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الائمة السرخسى ما ذكر فى الزيادات (وصحح قاضيخان والمحبوبى قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أى لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أى لان يظهر العذر (قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) أى ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر بخلاف مواضع بينها (قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن هل له أن يبيع بعد ما آجر اختلفت ألفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع واليه مال

خياته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه أو يلحقه ديون كثيرة و يصير بحيث ان الناس لا يأمنونه على أمتعتهم (قوله ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) قيل فان قال المؤجر انه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة وأصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضى يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضى يسالهم ان فلانا هل يخرج معكم أولا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضى الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضى المستأجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخى والقدورى رحمهما الله *(مسائل منثورة)* معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع أى جذه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من أصول القصب المحصود فى الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادنة قال فى النهاية بالنون من هدن أى سكن وفى نسخة هادئة من هدأ بالهمز أى سكن وهذا التفصيل الذى ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الائمة السرخسى (قوله واذا أقعد الخياط الخ) يعنى اذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد فى دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس و يعمل الحاذق وجعلا ما يحصل

فامكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر أشق وفى المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

(مسائل منثورة)

تحقق ذلك فى اثبات حكم شرعى وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به و بين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك أو انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شئ منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد الازما وكثرة حدوث الاعذار فى عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا فى العمل بالقياس فى حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح فى صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل أن جملة ما تشبث به فى ترويج نظره ههنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد فى ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شئ فالمدار فى ذلك أيضا هو القياس

(مسائل منثورة)

لا يحتاج الى التأويل فان الخياط الذى يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان تظهر خيانته عند الناس فيتحاشون عن معاملته وتسليم العمل اليه (قوله وكذا اذا أطلق) بان قال استأجرت منك هذا العبد للخدمة ولم يقل فى الحضر أو فى السفر (قوله بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر) وفى الذخيرة ولو اراد رب العبد ان يسافر لا يكون ذلك عذر له فى فسخ الاجارة لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه فى مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلى بين المستأجر و بين العبد فعلم ان ذكر العقار ليس بقيد والله أعلم *(مسائل منثورة)*

من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهى لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيرا بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستأجرا الموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوى رحمه الله مال الى وجه القياس وقال القياس عندى أولى من الاستحسان ووجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هى شركة الصنائع وهى شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هى أن يشتركا على أن يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا فى الحاصل من الاجر أجيب بان الشركة فى الخارج تقتضى اثبات الشركة فى التقبل فثبت فيه اقتضاء اذ ليس فى كلامهما الا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه فامكننا اثبات الشركة فى التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا فى التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا ههنا هذا هو المذكور فى عامة الشروح لما ذكره المصنف فانه قال

قال

ظهر له رأى يمنعه من السفر *(مسائل منثورة)* (قوله فيكون العامل أجيرا بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضا هو من قبيل قفيز الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فان تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم فى شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها ففى العبارة مسامحة (قوله أجيب بان الشركة فى الخارج) أقول يعنى الخارج من العمل

قال (ومن استأجر أرضا أو استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شئ من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فى هذا التسبيب فاشبه حافر البئر فى دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم أنها لا تستقر فى أرضه قال (واذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

أى مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا للمافات (قوله واذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة اذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد فى دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شئ فهو بينهما نصفان وهذا فى القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول والطحاوى أخذ فى هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندى أولى من الاستحسان وفى الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل فى العمل بابدانهما سواء فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الاجر فجاز كذا فى النهاية والكفاية وقال صاحب العناية ووجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هى شركة الصنائع وهى شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم فى شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها ففى العبارة مسامحة اه (أقول) منشأ توهمه جعل الواو فى قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول فى شركة التقبل وليس شئ من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال

(قوله فاحرق الحصائد) حصد الزرع جزه حصدا وحصادا من باب طلب وضرب والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريد بها ههنا ما بقى فى الارض من اصول القصب المحصود (قوله لانه غير متعد فى هذا التسبيب) والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدى فى السبب ألا ترى ان من حفر بئرا فى داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعمد ولو رمى سهما فى ملكه فاصاب نفسا أو مالا فهلك يضمن لانه مباشر فلم يتوقف على التعدى وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما السبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق الحصائد ههنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادئة حين أوقد النار ثم تغيرت لانه لا صنع له فى تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة فينبغى ان يضمن لان موقد النار فى يوم الريح يعلم ان النار لا تستقر فى ارضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القى فى أرضهم (قوله واذا اقعد الخياط او الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل صورة المسئلة اذا كان للقصار أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد فى دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شئ فهو بينهما نصفان وهذا فى القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنافع لا تصير رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول أيضا وفى الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل وفى العمل بابدانهما سواء فيصير رأس مال أحدهما

لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهـذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى للجهالة وقد يفضى ذلك الى المنازعـة وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ومافيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضى ذلك الى المنازعة وكذا اذالم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لانه أنفى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعيرا يحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه فى الطريق جازله أن يرد عوض ما أكل) لانه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافى لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وان كان أحدهـما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور فى عبارة صاحب العناية ولا مسامحة * ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد فى التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهـذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهـذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيأ بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس مراد المصنف بشركة الوجوه فى قوله لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقـة ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيـه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهـذا بوجاهته يقبل وهـذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعـنى المصطلح عليه فى كتاب الشركة وقال صدر الشريعة فى شرح الوقاية ففى الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعـة ولا يخفى عليـك ان فى قوله فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف فى الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعـنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا فى شئ تامل تقف

التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحـد منهما يجب به الاجر كذا فى النهاية (قوله لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل) وكان الاخر يشاركه على ان يتقبل الاعمال فقبل احدهما وعمل الآخر فيكون الاجر بينهما كما لو صرحا بشركة التقبـل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وكذا اذا شاركا عـلى ان يشتريا بوجوههما ثم اشترى احدهما يشاركه الآخر فيه وهذا أقرب الى شركة التقبل من شركة الوجوه الا انه انما قال هذه شركة الوجوه فى الحقيقة لما ان قبول الاستاذ العمل لوجاهته (قوله للجهالة) أى لجهالة قدر المحمل من الطول والعرض والثقل والوطاء الفرش والدثر جمع دثار وهو كل ما ألقيته عليك من كساء وغيره (قوله ورد الزاد معتاد عند البعض) هذا جواب اشكال وهو ان يقال مطلق العـقد محمول على

لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهتـه يقبل وهـذا بحذاقتـه يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعـلم واذا كانت شركة الاجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما فى الشركة وقوله (ومن استاجر جملا يحمل عليه محمـلا) ظاهـر والوطاء الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء أوغـيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومـن عادة المسافرين انهـم يأكلون من الزاد ولا يردون شيأ مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عنـد البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيـدا فلا مانع

قال المصنف (لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقـة الخ) أقول قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية ففى الهداية حمـله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة التقبل والصنائع فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يتقبل العمل بوجاهتـه انتهى ولا يخفى عليك أن فى قوله

*(كتاب

من العمل بالاطلاق وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المجهول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وهو عدم المانع والله أعلم *(كتاب المكاتب)* قال فى النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيـه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة ولهـذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبـة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر فى بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشـهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها مالك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقـدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليـك والشرائط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدى معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق عـلى مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غـير مشروط فى التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا فى النهاية وأما الاعتاق على مال فانه وان كان عقـدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز

(كتاب المكاتب)

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى

(كتاب المكاتب)

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقـد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقـد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيـه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهـذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق اه (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطـلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليـه أن يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذى ذكره عن غـير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحـتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره فى وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد فى وجوه المناسبات بين كتب هـذا الفن لزم أن لا يتحقق شئ من تلك الوجوه فى غـير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة

العادة وفى عادات المسافرين انهـم يأكلون من الزاد ولا يردون شـيأ مكانه فاجاب ان العرف مشترك فانه معتاد عنـد البعض فكان العمل بالاطلاق أولى وهو ان المكارى قبـل الحمل المسمى من موضع ذلك وانما يكون ذلك برد ما انتقص من الزاد فلا مانع من العمل بالاطلاق

(كتاب المكاتب)

يعود رقيقا دون العتق على مال وسببها أمر غير مرة من تعلق البقاء المقـدور وشرطها قيام الرق فى المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد انفكاك الحجر فى الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسـبه وثبوت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفى جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل فى الحال ان كانت حالة والملك فى البدل اذا قبضه وألفاظها الدالة عـلى ذلك قوله لعبـده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا أما جواز هـذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب

فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا *(كتاب المكاتب)* قال الدميرى فى شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معاوضة منجمة ولفظها اسـلامى لا يعرف فى الجاهلية قيل وأول من كوتب عبد لعمر رضى الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر فى بعض الشروح) أقول يعنى غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى الخ) أقول عبارة الاتقانى ولهذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق ولان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ومنـه يظهر لك تصرف الشارح فى عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لبيان مناسبته للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد أنها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى أنه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق عـلى مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تامل فليتامل

فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك فى غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة فى بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه فى تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب فى وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذى ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق فى غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتامل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ماذكر فى النهاية وبين المراد منه حيث قال قال فى النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة و بهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية (أقول) فى كل واحد من نقله و بيانه اختلال أما فى نقله فلان الهبة غير مذكورة فى شئ من نسخ النهاية وقد ضمها فى النقل الى البيع والطلاق والعتاق وأما فى بيانه فلانه قيد الهبة فى البيان بشرط العوض وأطلقها فى أثناء النقل ولاشك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد فى البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا فى نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض فى البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعتاق مطلقين فى المنقول وقد قيد ما فى البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشئ من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة فى قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا فى الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيفه حيث قال وذكر فى بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) فى نقله خطأ لان المذكور فى كلام صاحب الغاية لان الكتابة مآلها العتق وقد قال صاحب العناية فى النقل لان الكتابة مآلها الولاء و بينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة و بقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلام بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة فى النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما فى نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى

أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله

الكتابة التحرير يدا فى الحال و رقبة عند أداء المال وهذا التركيب يدل على الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكتب الشغاء حرره والكتيبة الطائفة من الجيش فسمى هذا العقد الذى جرى بين المولى وعبده كتابة لانه لا يخلو عن كتب الوثيقة عادة وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة

جميع

جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تامل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بان مراد صاحب العناية أن العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أى ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هى بشرط عوض فيسقط ماذكره ذلك القائل فى كل من شقى ترديده أما سقوط ماذكره فى شقه الاول فلانه لاشك فى أن ليس فى الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط ماذكره فى شقه الثانى فان الكلام فى الانسبية لا فى مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض أيضا اذ قد تقرر فى موضعه ان بلا شرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لا شئ فيصير المعتبر فى مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شئ ليس عتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات فى قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ماهو الداخل فى المفهوم و بالعرضيات ماهو الخارج عنه اذ قد تقرر فى موضعه ان الذاتيات فى الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففى الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل فى مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو مآلها الحاصل عند أداء كل البدل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية و بالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم * ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبههما من بعض الحيثيات بالبيع الذى من بينه و بينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجها لتقدمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندى ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها و بين ماذكر قبلها المبينة فى صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ماذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه من كل وجه اه (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشئ بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة فى الشرع لا يعلم ان العقد الجارى بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه ماذا بل معرفة الثانى تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية فى هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه على ما يجئ على أداء العبد مالا معلوما بمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه فقطع به الكلام فى كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد مالا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر فى تعريفها الشرعى ماذكر فى الكافى والكفاية بان يقال الكتابة تحرير يدا فى الحال و رقبة عند أداء المال وماذكر فى الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا و رقبة مآلا

العبد أخص بنفسه ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق فى المحل

وهذاليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو أمر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما الندبية معلقة به

فليتبصر (قوله وهذاليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهانى ومن تابعه ان هذا أمر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقدعلم المولى فيه خيراوجب عليه أن يكاتبه اه (أقول) بقي اشكال وهو أن صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذاك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا جالس الحسن أو ابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في أن ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا أن يقال ان ماذكر في الكشاف انما يدل على أن الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لا أنه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا تجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذ الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فاني يصح الاحتراز به عنه اللهم الا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواة القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة لا للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في الشروح (أقول) بهذا وبما مر آنفا من قول بعض العلماء يكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ماذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منهما أن كون الامر للندب فيه كما توهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه) تقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة أصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه

(قوله وهذاليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء) خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهانى ومن تابعه هذا أمر ايجاب اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه وقدعلم المولى فيه خيرا يجب عليه أن يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب (قوله وانما هو أمر ندب هو الصحيح) وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا لكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة ثابتة بدون هذا الشرط

وهذاليس أمر ايجاب باجماع الفقهاء وأشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقدعلم المولى فيه خيراوجب عليه أن يكاتبه لان الامر للوجوب وقال انما هو أمر ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا أن الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال ففي الحمل على الاباحة الغاء للشرط بيان لكونه للندب وتقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندبية

(قوله وتقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط) أقول فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على

معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب وأما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس

والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ماذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول أن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن لا يكاتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كي لا تأكلها الزكاة في ايجاب الزكاة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جاز أنه ما بلغ اليهم اه كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جاز أن لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط مع أنه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأي ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالرأي لان استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول (قوله ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) وعند الشافعي لا يعتق ما لم

(قوله وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم) قال زيد بن ثابت رضي الله عنه مثل قولنا وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا أدى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من غرمائه وقال ابن عباس رضي الله عنهما يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريما من غرمائه وانما اخترنا قول زيد رضي الله عنه لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد (قوله لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به) وعند الشافعي رحمه الله لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا ان أديته الى فانت حر) وحاصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حريته

رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر وقال الشافعي رضي الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك اذا أديته الى فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا

وفاق العادة (قوله وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول فيه بحث فانه على هذا التقرير لا يلزم الغاء الشرط لو حمل على الاباحة فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوبا لا مباحا كما لا يخفى (قوله وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تامل

(قوله وانما أن موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول قال في الحواشي الجلالية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الاداء كذا هنا وعند الشافعي تفسيرها شرعا ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ماذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

صم حرية اليد الحاصل فى الحال الى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما فى البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعى يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو

ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم فى زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق

يقل كاتبتك على كذا على أنك ان أديته الى فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد فى الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها ضم نجم الى نجم ولو نص عليه بان قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولا فيها عن المبسوط لا يخفى عليك أن ماذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر فى عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافى كونه تفسير الكتابة لان موجب الشئ من لوازمه وتفسير الشئ بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أى أمر ربك وقوله تعالى واسئل القرية أى أهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعى يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله تعالى أمرنا أن نعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذى فى قوله فكاتبوهم لا يقال القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا فى العناية (أقول) فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الامر فى قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القران فى نظم القرآن فى الحكم اذ لا دلالة فى مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الامر فى قوله بعد فكاتبوهم للندب

الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت لك حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء ولو نص لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعلى مذهبه تفسيرها ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية ولو نص عليه لا يعتق بان قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا هذا فى المبسوط (قوله ولا يجب حط شئ من البدل) وقال الشافعى رحمه الله يجب حط ربع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم وعن على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام انه قرأ هذه الآية وقال هو ربع الكتابة ولنا انه عقد معاوضة ولا يجب الحط فى سائر المعاوضات كذا فيها وهذا لان الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا تكون سببا بعينه لاستحقاق الحط الذى يضاد الوجوب كالبيع والامر للندب كالامر بالكتابة وعن الكلبى المراد بالايتاء دفع

يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله أمرنا أن نعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذى فى قوله فكاتبوهم لا يقال القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعى لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم فى قليل من الزمان) لخروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضى بأخس البدلين فلا بد له من أجل أجاب بقوله

بخلاف

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول الانسب لسياق كلامه ان يقول لا دلالة فى الآية على ذلك (قوله وقوله فكاتبوهم

بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة فى حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت (ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط

بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال (ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه والشافعى يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبى فى التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال

قرينة لكون الامر فى وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدرة فى حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت اهـ واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لانه ان أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت فى حق المكاتب فليس بذاك قطعا اذ لا أهلية فيه للملك قبل العقد قط فانى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت فى حقه فهو مسلم ولكن لا يجدى نفعا لان مدار فرق الشافعى بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد فى السلم لكون العاقد فيه أهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد وهذا أمر ضرورى لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق فى الجواب عما قاله الشافعى ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا

الصدقة اليهم واه عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم وهو الظاهر لان الايتاء يدل على التمليك وذا فى التصدق عليهم لان الحط لا يكون تمليكا (قوله بخلاف السلم على أصله) فان أصل الشافعى رحمه الله ان السلم الحال يجوز (قوله ولنا ظاهر ما تلونا) يعنى قوله تعالى فكاتبوهم الآية فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص فسخ من وجه (قوله والبدل معقود به) فاشبه الثمن فى البيع ولهذا يجوز الاستبدال به قبل القبض وهذا آية الثمنية ولا يقال العجز عن الاداء يوجب الفسخ وهذا آية المبيعة لانا عملنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعا وبعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثمنا بخلاف المسلم فيه فانه مبيع من كل وجه حتى لا يجوز استبداله والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلا بد من الاجل الممكن له من التسليم (قوله ولان مبنى الكتابة على المساهلة) لانها عقد كريم اذ العبد وما فى يده لمولاه فيكون الظاهر انه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالاداء ما لم يعلم قدرته عليه الا أنه لم يذكر الاجل ليكون متفضلا فى تأخير المطالبة فى الانتهاء كما كان منعما عليه فى أصل العقد فى الابتداء بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة فلا يمهله اذا عجز فيجوز مؤجلا وحالا (قوله وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد فى الرق) أى فى الكتابة الحالة يرد الى الرق كما عجز لان شرط الفسخ عجز المكاتب عن أداء البدل وقد وجد (قوله واذا كان يعقل الشراء

التنجيم ولانه عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فاشبه الثمن فى البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرناه فى التقرير ومستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد تكرم اذ العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه أن يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضى أو بقضاء القاضى (بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة) فليس الامهال فيه ظاهرا ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقق الركن منه وهو (الايجاب والقبول اذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه) ولا عجز بالنسبة الى المنافع (وخالفنا الشافعى

(١٣ – (تكملة الفتح والكفاية) – ثامن) فيه وهو) أى هذا الخلاف منه (بناء على مسئلة اذن الصبى فى التجارة) فانه لا يجوزه لانه ليس من أهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من أهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الاذن (بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع)

(قوله وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه

(قوله ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فانت حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها الى نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدي عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا أديت فانت حر وأما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لحث العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا أديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قيل أي في

روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا أديت الى ألفا في هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (الى مالكية نفسه) التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود

(ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة) لانه أتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود

أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيأ من الاموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا للشئ من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر (قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق

والبيع) يعني يعقل ان الشراء جالب والبيع سالب (قوله جعلت عليك ألفا) الى قوله فاذا أديتها فانت حر فقوله اذا أديتها فانت حر لا بد منه لان قوله جعلت عليك يحتمل الكتاب ويحتمل الضريبة لان المولى يستبد بضريبة عبده فلا يتعين جهة الكتابة الا بقوله اذا أديتها فانت حر بخلاف قوله كاتبتك لعدم الاحتمال وقوله ان عجزت فانت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفي الكتابة أيضا وانما ذكره حثا للعبد على الاداء عند النجوم (قوله فان هذه مكاتبة) حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي ولو أدى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس في حقه (قوله لان التنجيم يدل على الوجوب) وذلك بالكتابة لان التنجيم للتخفيف والتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة فعرفنا ان المولى قصد ايجاب البدل بهذا التنجيم وفي نسخ أبي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام في المبسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال اذا أديت الى ألفا في هذا الشهر فانت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسير الكتابة لانه قد يكون في سائر الدين وقد تخلو الكتابة عنه وذكر لفظ تختص به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابة (قوله فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه) أي يضم مالكية يده في الحال الى مالكية نفسه في المآل لانه ملك نفسه من وجه ولهذا لو وطئها المولى يجب العقر ولذلك يجب الارش لو جنى عليها ولا يكون ذلك الا بأن يكون مالكا لاجزائه من وجه وحقيقة مالكية النفس

التكابة

(قوله لبيان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبده الخ (قوله لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك الى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتنجيم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تامل (قوله أجيب بان مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الاداء ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس

الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (ان تنجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح به الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما قال به ابن

عباس رضي الله عنهما على ما مر فاتت المساواة لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فاين المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا (فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لانه مالك لرقبته) فيجوز له اتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله مجانا (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول الى البدل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان) فاباها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تبتغوا باموالكم وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لاخذ المنفعة لتعدد بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بايلاج واحد

الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أتلف مالا لها غرم) لان المولى كالاجنبي في حق أكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب *(فصل في الكتابة الفاسدة)*

معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

(فصل في الكتابة الفاسدة) أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله

عند أداء جميع البدل (قوله فلما روينا) وهو قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (قوله ويثبت له حق في الذمة من وجه) أصل البدل يجب للمولى في ذمته لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان قبوله في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابله مالكية ضعيفة أيضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض تتم المالكية للعبد أيضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ضرورة اتمام المالكية (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود *(فصل في الكتابة الفاسدة)*

(وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانها صارت أخص باجزائها *(فصل في الكتابة الفاسدة)* وجه

(قوله وينعدم ذلك أي المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البدل ملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شئ للمكاتب فينتفي التساوي قلنا بل يحصل له تأكد المالكية ولهذا لا يبقى محلا للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه

(فصل في الكتابة الفاسدة)

تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استشهادا واذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة أما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم فى حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والميتة فلما ذكرنا فى الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره واذا عرف ذلك

(فان أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له ان أديت الى فانت حر أو لم يقل فى ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل) فى الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كما فى البيع الفاسد ووقع فى بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبى يوسف أنه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة أيضا) قيل أى باداء قيمة نفسه (لانه البدل معنى) قال فى النهاية وهذا الحكم الذى ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ماذكر فى المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح يجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف (وعن أبى حنيفة أنه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فانت حر لانه حينئذ

قال (واذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال فى حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثانى فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فان أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل فى ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال فى الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط

أما الاول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما فى جهة الفساد وهى عدم تحقق المالية فى شئ من الخمر والخنزير فى حق المسلم فكانهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان فى الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ الى هذه النكتة فى بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثانى فقال وأما الثانى فلان القيمة مجهولة الخ مع أنه فى الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبى يوسف أنه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذى ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ماذكره فى

(قوله ليس بمال فى حقه) أى ليس بمال متقوم (قوله ولان القيمة مجهولة قدرا ووصفا وجنسا) أما جنسا فلانها تارة تكون من الدراهم وطورا من الدنانير وأما قدرا فانها يختلف مقدارها باختلاف المقومين وأما وصفا فانها تكون جيدا ووسطا ورديا (قوله وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة) يعنى أن الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب أو دابة وانه لا يجوز لان الثوب أو الدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا فى الذمة كما فى النكاح (قوله ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد) لانه موجب للقيمة فان قيل لو كاتبه على عبد وسط أو عبده طلق يجوز وان كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتى لو أتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن بصدده يجب قصدا لاحكام المكان التصريح بالقيمة ويجب ثمة حكما لا قصدا لانه تصريح بالعبد وقد يثبت الشئ حكما وضمنا لغيره وان كان لا يثبت قصدا كبيع الاجنبية ونحوها (قوله وان أدى الخمر عتق) وفى المبسوط وان أداه قبل أن يترافعا الى القاضى وقد كان قال له أنت حر اذا أديتها أو لم يقل فانه يعتق ويسعى فى قيمته لان هذا العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رده لتقرر العتق فيه فيلزم قيمته كالمشترى شراء فاسدا اذا أعتق المبيع قبل القبض وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة أى فى الكتابة الفاسدة كما فى بيع الفاسد وفى نسخ الهداية لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وانه مشكل جدا لمخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق الا باداء قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد أضيفت الى الخمر بادنى ملابسة وهو وجوبها عند ذكر الخمر فى البدل لكان وجها متكلفا (قوله ولا فصل فى ظاهر الرواية) أى يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط

(قوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح) أقول وأما

ونظيره ما سيجئ رواية عن أبى يوسف فيما اذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز فى رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما فى النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال فى المجموع ويحكم به لادائها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشتة أى قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أى يحكم أبو يوسف به أى بالعتق

يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان أديت الى فانت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (أن الخمر والخنزير مال فى الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى ما رضى بالنقصان) سواء كان فى المسمى أو فى القيمة لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت فى القيمة أو

فى المسمى (كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا) فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل

اعتبار القيمة انما هو بعد قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة فى الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة فى المبسوط فيما اذا كاتب عبده بالف على أن يخدمه أبدا فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الالف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه انتهى ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسئلة

وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت

المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية قلت صحيح ان كان الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام فى القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العينى ليس بشئ أما أولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه باداء الخمر وباداء قيمة نفسه والمروى عن أبى يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه باداء عين الخمر وباداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين فى أحد الجزأين وهو عتقه باداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه باداء قيمة نفسه فى ظاهر الرواية وعتقه باداء قيمة الخمر فى الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلان صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن الخمر حيث قال فى شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى وأشار الى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فقول العينى والشراح ما جعلوا الالف واللام فى القيمة الا بدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والافليس بمفيد (قوله وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية

أو لم يصرح (قوله والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق أصلا) أى الظاهر من حال العبد أنه رضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية أو لان العبد لما أقدم على الكتابة الفاسدة والواجب

الخمر والخنزير مخالف لما فى شروح الهداية (قوله وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لان المولى ما رضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه اشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل الخ) أقول فى دلالته على عدم رضا المولى بالنقصان فى المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فمسلم لكن مدعاه عام وان أراد عن القيمة أو الاعم فممنوع ولا دلالة عليه فى قوله لان بعدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلو لم يرض بالزيادة أى بما يوجبها وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت ادراك شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة فى الفساد

فى شرح هذا المقام وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ والعبد رضى بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام فى نفسه أما الاول فلان الظاهر أن كلمة هذا فى قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى و يزاد عليه والمعنى وهذا أى ماذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كى لا يبطل حقه فى العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافى حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا والمولى ما رضى بالنقصان عنه اه وأما على ماذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف لانه اما أن يكون المراد بالنقصان فى قوله لان المولى ما رضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع أنه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعى عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له فى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور انما اغتر بقول المصنف فى آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثانى أى أنه غير تام فى نفسه فلان قوله لان المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة أم لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها أقل من القيمة فانه لا يجب هنا لك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا فى تلك الصورة أيضا على تقدير صحة تعميم النقصان فى قوله لان المولى ما رضى بالنقصان للنقصان الكائن فى المسمى وفى القيمة تأمل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ماذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الذى يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأسا لا بطلان حقه فى العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهى قوله كى لا يبطل حقه فى العتق اذ الظاهر أن بطلان حق شخص فى شئ انما يكون بعد تعلق حقه به أولا ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا كما صرح به فى النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور والزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله

فيها القيمة فقد رضى باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى (قوله وفيما اذا كاتبه على قيمته اذا أدى القيمة يعتق) لانه البدل وانما يثبت أداء القيمة بتصادقهما أو باداء أقصى ما يقع به تقويم المقومين (قوله وأثر الجهالة فى الفساد) يعنى لا فى ابطال العقود هذا جواب اشكال وهو أن يقال أن القيمة مجهولة كجهالة

وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ماذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه (وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد الكتابة فى القيمة) استحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين اما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شئ جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفسد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة فى الفساد) أى لا فى البطلان كما فى البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما عتق باداء القيمة

بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس

كى لا يبطل حقه فى العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق باداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق قلنا يحتمل أن يكون القاضى يرى صحة ما روى عن أبى حنيفة أنه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان أديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضى بتلك الرواية يبطل حقه فى العتق اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه فى العتق علة لعدم قضاء القاضى بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة والمذكور فى الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر فى الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانيا فلان ذلك على تقدير تمامه انما يتمشى فى صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان أديتها فانت حر لا فى صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر فى هذه الصورة فلا رأى للقاضى فيها مع أن ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال فى صورة ثم ان صاحبى النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا حيث قالا ثم قوله كى لا يبطل حقه فى العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يحتمل أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه فى العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا للمولى و يقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر فى رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا فى عدم رضاه به نفع له أصلا ثم قالا والاولى فى تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة اه (أقول) وهو أيضا ليس بسديد لان فى التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب فانا بصدد أن يثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتنى على كون الواجب فى عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعا * ثم أقول بقى شئ فى كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ما رضى بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا أن قوله لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد يرى مستدركا ههنا لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن فى ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما فى الكافى (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين اه كلامه (أقول) فيه كلام أما أولا فلانه ان أراد بالمطلق فى قوله والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فردا مبهما من الثوب فلا

الثوب فينبغى أن تؤثر تلك الجهالة فى فساد العقد على وجه لا يعتق باداء القيمة كما لا يعتق باداء الثوب فاجاب بان جهالة القيمة مستدركة تحذر منه باداء أكثر ما يقع به تقويم المقومين ولا توقف على أداء المشروط وفى الثوب فاسم الثوب كما يتناول ما أدى يتناول غيره ومعلوم أن مراده ليس بمطلق الثوب لانه لا يزيل ملكه عن العبد لاى ثوب كان فكان المراد معينا ولا يدرى أن المؤدى هل هو ذلك العين أم لا فلا يثبت الاداء فان قيل ينبغى أن يعتق باداء ثوب باعتبار الجهة التعليق اذ الكتابة تضمنت المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى

أجاب بقوله (بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب) وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان أدى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق أولا قلت ذكر فى الذخيرة أن الاصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلا على المسمى ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شئ هو لغيره فاما أن يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولا كالنقود فان تعين فاما أن يجيزه أولا فان لم يجزه فاما أن يملكه المكاتب بسبب وأداه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه ولا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله

فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ماهو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ماهو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيأ بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ماقال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازه المالك وبين ما لم يجزه (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها أي المكاسب لكن لابد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة

الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شئ يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ماهو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ماهو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ماقال في الكتاب والجامع أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه

نسلم أنه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شئ نجزم بوجوده في الخارج وان لم تتعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراد الجواز أن يكون المراد هو المبهم فلابد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضا وأما ثانيا فلان لمانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة

المعاوضة لجهالة الثوب بقي معنى التعليق فيعتق كما اذا قال ان أديت الى ثوبا فاي ثوب أدى عتق كذلك ههنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة أيضا لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن (قوله لانه لا يقدر على تسليمه) لان ملك الغير غير مقدور التسليم (قوله فاشبه الصداق) الجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ولو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم فكذا ههنا (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) تحرز به عن النكاح (قوله بخلاف الصداق في النكاح) لان القدرة على ماهو المقصود بالنكاح ليس بشرط أي شرط صحة التسمية في

(قوله فان تعين فاما أن يجيزه) أقول أي يجيز العقد (قوله وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف يجري على عمومه ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى الا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة ثم أقول انه مخالف ظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز

في ذلك (على مابيناه) ان مراده شئ يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه اذا أجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه (فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (الا اذا قال له اذا أديت الي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسئلة الكتابة على الاعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ههنا لطوله وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من أعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بان كان ماذونا في التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (واذا كاتبه على مائة دينار الخ) واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل وهو الاصل في أبدال العقود وقالا بالموجب أي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) انه تركي أو هندي (ولا الوصف) انه جيد أو ردئ (جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة

على مابيناه وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه اذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا أديت الي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو

على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وبتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضا ألا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اهـ فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتامل (قوله ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما اذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجريانه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسئلة

النكاح ان يكون المسمى مالا متقوما الا ان يكون مقدور التسليم اذ القدرة على تسليم ماهو المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة يجوز وان كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر أولى (قوله وان كاتبه على عين في يد المكاتب) أي على عين هو من كسبه بان كان ماذونا في التجارة ففيه روايتان وقد عرفت ذلك في الاصل أي في المبسوط ذكر فيه عبد ماذون له في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين ففيه روايتان اما اذا كان في يده دراهم أو دنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات ووجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم ووجه الفساد ان

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن في قوله فعن أبي حنيفة (قوله وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة اذا كان العبد معينا العين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة أن ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانبين (ويجبر على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ماعرف في الاصول لانها أصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) لان مبناها على المساهلة (فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد أو الدياس أو القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في

يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي) لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع

بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي وأورد عليه النقض بما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اه ولا يخفى على ذي فطانة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس لو منع

الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه فتثبت حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جازت الكتابة هنا كان الاداء من مال المولى لان اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقود للمولى لا على كسب يوجد بعد الكتابة فلا يفيد ملك المكاسب على انه يثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا تكون كتابة (قوله ويقسم المائة الدينار الى آخره) حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب أداء الخمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد وانما يقسم على قيمتهما لجواز أن تكون قيمة العبد الوسط مستغرقة كل البدل وعلى هذا لا يحصل للمولى شيء وانه مارضي بذلك (قوله وهو الاصل في ابدال العقود) يعني الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناؤه منه (قوله ولهما أن العبد لا يستثنى من الدنانير) لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لانها لا تصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البدل مجهولا والحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء العبد الذي يرده المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب فهو كتابة والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمعقود عليه فلو جازت الكتابة لجازت بما يختص الرقبة من المائة والكتابة بالحصة كتابة بالقيمة فتكون فاسدة (قوله واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) ومعناه ان يبين الجنس مثل ان يكاتبه على عبد أو وصيف ولا يبين النوع أي لم يقل انه تركي أو هندي والصفة أي لم يقل انه أبيض أو أسود (قوله لانه معاوضة فاشبه البيع)

الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي أن مبنى كل منهما ولنا

على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال (واذا كاتب النصراني عبده الخ) واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الفرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم أسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا

ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع أنه يبتني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال (واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز) معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذا الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على

الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى (أقول) ليس السؤال بشيء ولا الجواب أما الاول فلانا لا نسلم أن شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمتنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اه فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدارا للاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول وأما الثاني فلان الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الاجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت آنفا وأما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد الجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع أنه يبتني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا

والجامع انه لا يصح الا بتسمية البدل فكانت معاوضة كالبيع ألا ترى انه يقال ويفسخ (قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال) أي ابتداء لان البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (قوله أو بمال) أي في الانتهاء لانه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه اذا العبد لا يملك مالية نفسه فشابه النكاح (قوله والجامع انه يبتني على المسامحة) أي الجامع بين عقد الكتابة والنكاح (قوله لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة) أي قيمة المسمى فانه اذا كاتب على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمة

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان سافلان (قوله وفي التسليم تمليك الخمر) أقول الاظهر أن يقول وتملكها ليطابق المشروح ألا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر وانما جعل التسليم ظرفا للتملك لاستلزامه اياه كأنه مشتمل عليه (قوله فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول أي على رواية جواز الكتابة على عين في يد المكاتب

تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ماقاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال فتفسد وتصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف أي عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء أسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ماقاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى والرواية في الكتابة رواية في البيع قال (واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بيناه في أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احداهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على أن الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقي بدلا عتق بادائها *(باب ما يجوز للمكاتب يفعله)* قال

القيمة أما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال (واذا قبضها عتق) لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

يعني ماقاله الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي أن مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه جعل قول المصنف فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال اه فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فاشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة الاستظهار وليس هذا بتام أيضا لان مجرد مشابهة شئ لشئ في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

(باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

يجبر على القبول فتي جاز ان تنعقد الكتابة على قيمة الشئ ابتداء جاز أن يبقى على القيمة أما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة أصلا فلا يمكن ابقاؤه عليها (قوله واذا قبضها) أي قبض قيمة الخمر عتق وان أدى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدل هذا العقد اذا العقد انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على أن الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق بادائه ثم العقدان وقع فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا لذلك فبقي الخمر بدلا واذا بقيت بدلا يعتق بادائها (قوله ولو أداها) أي العبد المسلم الخمر (قوله وقد بيناه من قبل) أي في أول هذا الفصل وهو قوله فان أدى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق *(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز)*

قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقاني أي لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الا أن في الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيخان في شرحه الجامع الصغير اه وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السغناقي فتأمل *(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)*

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه أعادها تمهيدا لقوله (فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فانه لم يبين ذلك ببيانه ثمة وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا)

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى قال (فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وان لا يفعله اه (أقول) هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسفور وان لكن فيه أيضا سماجة لانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا بيان ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعل شيأ لا ينافي جواز ان يفعله أيضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه أعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيانه ثمة اه (أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه انما ذكره هنالك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري ههنا اه (أقول) وهذا الذي ذكر هنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكر هنا بالواو بدل فاء التفريع وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فانه قال هنالك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر في البداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اه فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني أن الشرط الباطل انما

(قوله فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح) أقول هذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يخفى عليك انه انما ذكره هنالك استطرادا وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدوري هنا (قوله ولا فيما يقابله) أقول

أى هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن فى صلب العقد عملا بشبه النكاح و ببطلان العقد اذا تمكن فى صلبه عملا بشبه البيع (أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق) لان الاعتاق ازالة الملك لا الى أحد

والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شئ وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل فى الاعتاق لدخوله فى الكتابة وهى اعتاق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل فى الاعتاق (والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة (قال والتزوج ليس وسيلة اليه)

وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل و بالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يختص العبد فاعتبر اعتاقا فى حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الا باذن المولى)

يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة اه وورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر اه (أقول) ليس ذلك بشئ لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشئ قد يكون بامر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخصص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا اذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلا كما لا يخفى والذى نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط فى بدل الكتابة أو فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن فى صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل و بالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول قد مر قبيل هذا الباب فى مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها واوردوا على الشافعى قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا و يمكن أن يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافى العمل باحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثانى فيما لا يمكن العمل بهما معا كما فى المسئلة المارة فتأمل (قوله أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان لو قال فى جانب المولى اعتاق أو قال فى جانب العبد عتق كان أولى اه (أقول) كل من شقى كلامه منظور فيه أما شقه الاول فلانه لو قال فى جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا فى جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسدا فى جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا فى جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق وأما شقه الثانى فلان الاعتاق فى قوله فى جانب العبد اعتاق مصدر من المبنى للمفعول دون المبنى للفاعل فيؤل الى العتق فكان قوله فى جانب العبد اعتاق وقوله فى جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذى

قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص لفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول حيثية المعاوضة مشتركة بينه و بين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعنى وعدم صحتهما بلا بدل (قوله وعدم صحتهما بلا بدل) أقول يعنى بلا ذكر بدل (قوله واحتمالهما الفسخ قبل الاداء) أقول واحتمال الفسخ بعد الاداء أيضا لا يضرنا قال المصنف

(قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع) من حيث انها تحتمل الفسخ فى الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فوفر حظهما عليها فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن فى صلبها كما لو شرط خدمة مجهولة بان كاتبه على ان يخدمه مدة لانه فى البدل ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن فى صلبها بان كاتبه على ألف الى الحصاد والدياس (قوله هذا هو الاصل) أى العمل بالشبهين هو الاصل أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وفك

(أونقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق) أقول قال الاتقانى لو قال فى جانب المولى اعتاق أو قال فى جانب العبد عتق كان أولى اه والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعتاقا فى حق هذا الشرط) أقول قال الاتقانى ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق لان أثر ينبغى أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد فى صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف اه ولا يخفى عليك

لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا أن الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع

قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغى أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد فى صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل فى صلب العقد أونقول يندفع بقوله فى حق هذا الشرط اه (أقول) كل من وجهى دفعه غير سالم أما وجهه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق فى كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل فى صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل فى صلب العقد و بكونها اعتاقا فى غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول وأما وجهه الثانى فلان التقييد بقوله فى حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغى أن يعتبر اعتاقا فى غير هذا الشرط أيضا (قوله لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض الفضلاء تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه له اذ الظاهر أن مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذى هو المقصود من الكتابة وماخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سيأتى فى تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه اكتساب المال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان بين تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب

الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهو ان لا يخرج من الكوفة فاعتبر أى عقد الكتابة اعتاقا فى حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو اعتق عبدا على انه ساسه فان الشرط باطل والاعتاق صحيح (قوله ضرورة التوسل الى المقصود) وهو نيل الحرية والتزوج ليس وسيلة اليه لان انفكاك الحجر عنه فى عقود الاكتساب والتزوج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة ولا يتصدق الا بالشئ اليسير وما دون الدرهم قليل يتوسع الناس فيه (قوله ليجتمع عليه المجاهزون) والمجاهز عند العامة الغنى من التجار وكانه أريد به المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف الى المجاهز (قوله ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا) أى الكفالة باذن المكفول عنه وبغير امره لان كل ذلك تبرع اما اذا كان بغير امره فظاهر انه تبرع محض ولا يكون له الرجوع بما ادى فصار كالهبة وان كان بامره فكذلك أيضا لان الكفيل متى ادى يصير مقرضا بما ادى الى المكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشرط فى المجلس ولو كان معاوضة فيشترط قبضه فى المجلس لكونه صرفا وكذلك الكفالة بالنفس أيضا لا تصح لانه تبرع محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزم فعلا فى ذمته وهو التسليم وتسليم النفس مما لا يتعلق به المال فكان متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانا نقول ان الكفالة متى صحت قد تتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز عن الكسب فيتصل ضرر وهذا الالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان باذن المولى أو بغير اذنه لانه ملك للمولى لا فى منافعه ومكاسبه فوجود اذنه فيما هو تبرع كعدمه (قوله

الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود أى الى مقصود المولى من البدل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا أذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم (ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (الا بالشئ اليسير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهز عند العامة هو الغنى من التجار وكانه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى المجاهز كذا فى المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعنى

أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل فى صلب العقد أونقول يندفع بقوله فى حق هذا الشرط والتفصيل فى حواشى حميد الدين الضرير فراجعه قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن

في الحال سواء كانت بامر المكفول عنه أو بغير أمره لان الثانى تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى صار مقرضا بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذى يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيأ جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير (بخلاف الاعتاق على مال) فانه لا يملكه فيوجب للثانى فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان أدى الثانى) يعنى ان أدى المكاتب الثانى بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثانى) لتحقق شرط عتقه (و ولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك) لان الثانى مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثانى مملوكا للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه (فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقا (أضيف اليه) أى الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيأ) فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية

الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء وان (زوج أمته جاز) لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصى ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثانى قبل أن يعتق الاول فولاؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيأ (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثانى بعد عتق الاول فولاؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

أمته فرقا كما صرح به في أثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب أمته فيما سيأتى وقد أوضحه صاحب النهاية

فان زوج أمته جاز لانه اكتساب المال) ولا يلزم عجز المكاتبة عن تزويج نفسها لان حق المولى في رقبتها باق ولهذا يملك اعتاقها دون اعتاق أمتها فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها ولان فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فربما يعجز و يبقى هذا العيب في ملك المولى توضيحه ان النكاح غير مشروع في الاصل لاكتساب الاموال بل للتحصن والعفة وانفكاك الحجر يثبت للمكاتب في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيأ آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة بخلاف تزويج الامة فان قيل هذا موجود في ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى وأمته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته ولو عجزت وقد حاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد و يلزم ذلك في أمته ومكاتبته (قوله وقد يكون هو انفع له من البيع) لانه لا يستوجب الثمن في ذمة المشترى ما لم يزل العبد عن ملكه وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يملك البدل بالقبض فلما ملك البيع فالكتابة اولى ولهذا يملك الاب والوصى كتابة عبد الصغير (قوله ثم لا يثبت للعبد الا ما هو ثابت له) بخلاف الاعتاق على مال فانه فوق ما هو ثابت له لان الثابت للمكاتب حق الحرية وللمعتق على مال حقيقتها (قوله لان له فيه نوع ملك) وهذا لان لكل واحد منهما حق ملك في كسب المكاتب الثانى لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون ما للثانى من حق الكسب منقولا الى المولى وصار كانه مكاتبه من وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق أيضا لانه كسبه فكان هو المباشر لهذا العقد وحقه ارجح من حق المولى لان حقه حق ملك وتصرف وللمولى حق ملك لا غير فاذا كان الاول من اهل ان يثبت له الولاء فهو أولى من المولى وان كان الاول مكاتبا على حاله ولم يكن من أهل الولاء فيخلفه مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيأ يملكه مولاه بهذا الطريق (قوله وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة) ولهذا اذا أوصى لموالى فلان وليس له معتق في الاحياء وله معتق المعتق

(فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان الولى جعل معتقا) مباشرة حكما لما أن العقد انتقل اليه لعدم أهلية المكاتب للاعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فينجر الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثانى) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت) قال

(قوله بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبنى للمفعول أى لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثانى لانه اعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصى في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية

حيث سأل هناك بان المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغى أن تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها الا انها تكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى وأجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها شئ آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا العتق مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال و بهذا وقع الفرق بين هذا و بين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها أيضا كما لا يخفى تامل تقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافى بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالى عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر لان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في المذكر ولكن بدلالته يعم المؤنث أيضا لامحالة (قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها اعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجىء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتى وقد تقرر عندهم ان من ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور الا بان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصى في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعنى يملك الاب والوصى في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان

يستحق هذه الوصية هو ولا تكون الاضافة الا الى المولى

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره[1] ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فتنقيص له) لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله وان زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصى) ظاهر (قوله ولان في تزويج الامة والمكاتبة نظرا) أما في تزويج الامة فلما مر آنفا وأما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لا شك في كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجىء بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أى في أنه اه من هامش الاصل اه مصححه

قوله (فاما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله (هو) يعني أبا يوسف (قاسه على المكاتب) فان المكاتب يجوز له أن يزوج الامة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس

بين العينين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون

(قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول لا وجه للفاء اذ لا يتضمن المبتدا معنى الشرط (قوله ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث وعن شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي

قال (فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة

ينبغي أن يملكا العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يعرف في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شئ من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا العتق على مال أيضا (قوله فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شئ من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز فيكون كلمة أما في قوله فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز ينافيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الامة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمة قلت قد عرفت هنالك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذرا الا هنالك ولا ههنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابة عبده وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشئ من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلان المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلان قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوج أمته

(قوله هو قاسه على المكاتب) فان له ان يزوج أمته فكذا هؤلاء (قوله واعتبر بالاجارة) فان لهم ولاية الاجارة

ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكر عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك ويكفي ذلك لذكره في هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكاتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الامة اذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السغناقي (قوله لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانهما يتماثلان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ)

ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب

فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له أن تزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظر أما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضا فان المكاتب يجوز له أن يكاتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضا أن يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له يقتضي جوازه له أيضا لزم أن يجوز تزويج عبده أيضا كما يجوز اجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية ألا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنالك أليق اه كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه ان أراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان أراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في الآخر أيضا فليس كذلك أيضا ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان أراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فبهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها وأما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان أراد به أنه لا يكون بين نفسي العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضا ساقطا لان لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في أصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشئ بالشئ قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ

بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة وهذا) أي تزويج الامة (ليس بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب) لانه اسم لما يتوصل به الى المال وبالتزويج توصل المولى الى المهر فكان اكتسابا

أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عينين ان أراد أنه لا يكون بين عينين حقيقة فسلم وان أراد أنه لا يجعل العينان مقيسا ومقيسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالاولوية لظهور المماثلة في الاول دون الثاني (قوله وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول فيه بحث

فكذا ولاية تزويج الامة اذ كل واحد منهما تمليك المنفعة ببدل (قوله ولهما ان المأذون له يملك التجارة وليس هذا بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فصار شبيها بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة

(قوله ولانه) أى التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال (ولهذا) أى ولان التزويج ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال*(فصل)* لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل فى الكتابة بطريق الاصالة ذكر فى هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) تقديم الاب فى الذكر (١١٦) ههنا على ابنه للتعظيم وأما فى ترتيب القوة فى الدخول فى كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا فى الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر فى حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود فى الكتابة فى التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل فى الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان أصلا وابقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشترى فى الكتابة من الاولاد و بين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شئ واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أجيب بان المشترى تبع من كل وجه فلا معتبر به فى أمر البدل لتقرره قبل دخوله فى الكتابة وأما الصغير فقد كان اهل

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم

(فصل) قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من

الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما فى النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان أراد انهما مترادفان فى عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبع (قوله ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذ هى أى الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريف البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل اه (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا و بين ما ذكره الشراح فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فى صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال فى قوله اذ هى مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين فى عقد الاجارة وهو المنفعة جعل فى حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة و يفصح عن كون المراد بالمال فى قوله اذ هى مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية فى تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة فى الاجارة فى حكم المال اهثم أقول و يمكن أن يحمل المال فى تعريف البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقى دون ما يتناول الحكمى بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكامل فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا فى تعليل قول المصنف اذ هى مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو فى قوله لان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى باب النكاح بل جعله علة لما قبله (أقول) فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف فى باب المهر من كتاب النكاح فى تعليل قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعى فى ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح فى ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما فى باب النكاح فتأمل

(فصل) لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع فى ذكر مسائل وقوعها

(فصل) (قوله واذا اشترى المكاتب اباه أو ابنه دخل فى كتابته) حتى يمتنع عن بيعه وانما قيد بقوله دخل فى

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل (قوله ولهذا أى ولان التزويج ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شك انه من الاكتساب وان أراد مطلقا فلم يدع أحد أنه من الاكتساب *(فصل واذا اشترى المكاتب)* (قوله والمولود مقدم) أقول أى المولود فى الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعنى حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعنى بعد موته

مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل فى مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه و بينه ولاد دخل فى كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية ولابى حنيفة ان للمكاتب كسبا لا ملكا) لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح (١١٧) (والكسب يكفى للصلة فى الولاد لا فى غيره (ألا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه) أى قرابة الاخوة (توسطت بين) القرابة البعيدة من (بنى الاعمام) والقرابة القريبة (و) هى (الولاد) والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما (ف) عملنا بالشبهين و (ألحقناها بالثانية) أى القريبة فى العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (و بالاولى) أى بالبعيدة (فى الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل فى كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو ألحقناها بالولاد فى الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا فى العتق (لانه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق ليس له ذلك) وفى ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (واذا اشترى أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل فى الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد فى هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك

أهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة وقالا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى فى غيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثانى فى العتق و بالاول فى الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد فى هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب فى قول أبى يوسف ومحمد

بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) هذا لفظ القدورى قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية فى شرح المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) فى عبارته خلل لان القنة بالتاء فى وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر فى كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوى فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما أمة قنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد فى هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وههنا يثبت للولد حق الحرية

كتابته ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى بل يعجز الداخل بعجز الاصلى حتى اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصالة (قوله ألا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه) أى اذا اشترى أباه أو ابنه (قوله وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا) ولهذا تحل الصدقة له وان أصاب مالا ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته اذا اشتراها بيانه ان المكاتب لا ملك له فى الحقيقة لكن يقدر على الاكتساب والقدرة عليه توجب النفقة فى قرابة الولاد حتى تجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وان لم يكن موسرا ولا تجب نفقة الاخ الا على الموسر (قوله ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد) يعنى قرابة الاخ وأمثالها متوسطة بين قرابة بنى الاعمام وهى بعيدة لانها بواسطة العم وهو بواسطة الجد و بين قرابة الولاد وهى قرابة قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب أو الجد أو نحو ذلك فاشبهت بنى الاعمام فى حق الزكاة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص وأشبهت الولاد فى حق حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا فالحقناها بالولاد فى العتق و ببنى الاعمام فى الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما (قوله وهذا أولى) أى من العمل على عكسه لان العتق أسرع نفوذا أى لو ألحقناها بالولاد فى حق الكتابة لالغينا الشبه الآخر لانه يلزم الحاقها بالولادة فى حق العتق لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة (قوله ولم يجز بيعها) ولم يدخل فى كتابته حتى لا يعتق بعتقه نص عليه فى المبسوط (قوله أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرنا) اشارة الى قوله تحقيقا

(قوله ولان هذه أى قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أى قرابة المحرمية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أى بالشراء أو الهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

عنـدهما الانها أم ولد والخلاف لابي حنيفة له أن القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل فان
أدى عتق ومافضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ومايقبل الفسخ لايجوز
أن يتعلق به مالايقبل الفسخ كالاستيلاد لان مالايقبله أقوى من الذى يقبله والاقوى لايجوز أن يكون تبعا للادنى الا أنه يثبت هذا الحق
وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه و بدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن
يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ماذكر فى أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام

لانها أم ولد والخلاف لابى حنيفة وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف
فلا يتعلق به مالايحتمل الفسخ الا أنه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه
و بدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولد له ولد من أمة له دخل فى كتابته) لما بينا فى المشترى
(وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه و يكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسرى الى الولد

فينبغى أن لا يثبت للام حقها تحقيقا الانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع
فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان
العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضى أن لا تصير مكاتبة تبعا للولد
وانما يقتضى أن لا تصير مكاتبة أصالة ألا يرى أن المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه فى كتابته و يصير مكاتبا
تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هنالك أيضا قطعا فالصواب فى الجواب عن السؤال الثانى أن يقال انما
لا تصير مكاتبة تبعا لولده تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها فى حق الحرية ألا يرى أنها لا تصير حرة فى الحال تبعا
لحرية ولدها فى الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ماعرف فى موضعه فكذا لا تصير مكاتبة
تبعا لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر فى الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا ملكه
ولده فانه يدخل فى عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقا للصلة بقدر الامكان على
مامر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا
عليه بخلاف الامة اه (أقول) فيه أيضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضى أن يكون ورود
العقد على الاب ورودا على الولد أيضا والا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه أصالة لا تبعا لوالده فلا
يصح قول المصنف أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى و يلزم أيضا أن لا يثبت فرق عند أبى
حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولدها فى الاشتراء و بين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف (قوله
وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد الى قوله و بدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال

للصلة بقدر الامكان (قوله لان كسب المكاتب موقوف) أى كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدى فيتقرر
له و بين أن يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد اذ لو تعلق لكان كسب
المكاتب غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ الكتابة فحينئذ يلزم ان يجعل الشئ
الذى لا يقبل الفسخ من جملة الشئ الذى يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذى لا يقبل الفسخ
أقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه الا أنه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولدها تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه
وما يثبت بشروط المتبوع لو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه (قوله مؤكدا) احترازعن ولد

تحكم والجواب أنه ليس
بتحكم وانما هو من باب
الاستحسان بالاثر وهو قوله
صلى الله عليه وسلم اعتقها
ولدها ولا شك ان الولد
انما يعتق الام اذا ملكه
الاب وقوله والقياس ينفيه
يعنى ولا نص فيه يترك به
القياس بخلاف ما اذا كان
معها الولد (وان ولد للمكاتب
ولد من أمة له دخل فى كتابته
لما بينا فى المشترى) يعنى
فى أول الفصل حيث قال
لانه من أهل أن يكاتب
ان لم يكن من اهل الاعتاق
واعترض بأن المكاتب
لا يملك التسرى فمن أين له
ولد من الامة حتى يدخل
فى الكتابة وأجيب بأن
معنى قوله لا يملك التسرى
لا يحل له وطء أمته لكن
ان وطئ وادعى النسب
ثبت النسب كالجارية
المشتركة فانه ليس لاحد
الشريكين وطؤها لكن
ان وطئها فولدت وادعاه
ثبت النسب قال فى المبسوط
جارية بين حر ومكاتب ولدت
ولدا فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية أم ولد له و يضمن
نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيأ لان المكاتب بماله من حق الملك فى كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له فى نصفها
ههنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق و يثبت لها حق أمية الولد فى حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أى
حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أى كسب الولد لوالده (لان كسب الولد كسب كسبه) اذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد فى كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا)
فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية فى الامهات
كالتدبير

(كالتدبير والاستيلاد) والحر يتوالرق تسرى الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لايجوز و بيع
ولدها يجوز لان امتناع البيع فى الآبقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة
اذا اتصفت بهما امتنع بيعها
الا مغرور او بشئ لكنه ليس
بمؤكد فقولهم الاوصاف
القارة احتراز عن مثل
هذين الوصفين وقولهم
الشرعية احتراز عن السواد
والبياض والطول والقصر
فانها لا تسرى واذا سرت
كتابتها الى ولدها لم يجز
بيعه كما لم يجز بيع أمه قال
(ومن زوج أمته من عبده)
هذا أيضا بناء على أن
الاوصاف القارة الشرعية
فى الامهات تسرى الى
الاولاد ولهذا كان الولد
داخلا فى كتابة الام وكسبه
لها (قوله لان تبعية الام
أرجح) اشارة الى ماذكرنا
ولهذا استوضح بقوله
ولهذا يتبعها فى الرق
والحرية وفى بعض النسخ
دخل فى كتابتهما وكسبه
لها أى فى الدخول يتبعهما
وفى الكسب يتبعها خاصة
والاول هو الوجه لان فائدة
الدخول هو الكسب
وانما كان تبعية الام أرجح
لانه جزء منها بحيث يقرض
منها بالمقراض قال (وان
تزوج المكاتب باذن مولاه
امرأة زعمت انها حرة فولدت
منه ثم استحقت فأولادها
عبيد ولا يأخذهم المكاتب
بالقيمة يؤديها الى المستحق

كالتدبير والاستيلاد قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه
لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها فى الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها
حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا

صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ماذكر فى أول الدليل فتخصيص
نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر
وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه
يعنى ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب بحث وهو
ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها و بين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه يتناول
الصورتين معا فقوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان أراد أن الاثر المذكور يدل عليه فهو
ممنوع جدا وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدى الى المصادرة اذ هو
أول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوزا بيع المكاتب امرأته المشتراة التى ولدت منه قبل أن يملكها
بناء على انها أم ولد له وان لم يملك ولدها فقط على أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام
على قول أصحابنا جميعا لانه ان أراد بالملك فى قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط فى اعتاق الولد أمه
عند أحد من الفقهاء ألا يرى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المزبور بعينه مع أن الولد هنالك
ليس بمملوك للاب ملك اليمين بلا ريب وان أراد بذلك ملك التصرف فى أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس
بشرط فى اعتاق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا
جميعا على مامر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف فى أمر ذلك الولد فى
الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذى كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا لابيه
فظهر أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من
عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) وفى بعض النسخ دخل فى كتابتهما وكان كسبه
لها أى فى الدخول يتبعهما وفى الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا
فى العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم

الآبقة حيث لا يجوز بيعها و يجوز بيع ولدها لما أن الامتناع فى الآبقة غير مؤكد فلا يسرى الى الولد
(قوله دخل فى كتابتها) وفى بعض النسخ فى كتابتهما ومعناه اذا كاتبهما كتابة واحدة يدخل الولد فى
كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لها كما اذا كانت الكتابة متفرقة والصحيح هو الاول (قوله
زعمت انها حرة) الغرور انما يثبت بقول الامة انها حرة وكذا اذا زوجها منه حر على انها حرة أو زوجها منه
عبد أو مدبر أو مكاتب على انها حرة و يرجع المغرور بما ضمن من قيمة الولد على الامة بعد عتقها و يرجع
المستحق على الحر وعلى المدبر والعبد والمكاتب اذا عتقوا وأما اذا أراد أن يتزوج امرأة فأخبره رجل انها
حرة ولم يزوجها اياه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هى أمة وقد ولدت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور
ولا يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم شيأ انما أخبره بخبر كان كذبا وذلك لا يثبت له حق الرجوع
كما لو أخبره ان الطريق آمن فسلك فاخذه اللصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة اذا أعتقت لانها
غرته حين زوجت نفسها منه على انها حرة واذا تزوجها وهو لا يعلم انها أمة أو تزوجها وهو يحسب انها حرة
ولم يغره فيها أحد فالولد رقيق لان هذا ظن منه والظن لا يغنى من الحق شيأ (قوله ولا يأخذهم بالقيمة) أى

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال
فائدته ان يعتق بعتقها سواء كسب ام لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا

عنـد أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه ولد المغرو رلوجود سببه وهو الغرو ر لانه مارغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليـه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الاولاد عنده يتأخر أداؤها الى مابعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم اذا غرم القيمة رجع عليها عنـده لان الغرو ر حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد أن يتبع الام في الرق والحرية لكن تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة) وقد قررناه في التقرير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لان حـق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمـة متأخرة الى مابعـد العتق) فكان المانع عن الالحاق به موجود وهـو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشـترى المكاتب أمـة ووطئها بغير اذن المولى) أو باذنه لـكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى (ثم استحقها رجل فعليـه العقر يؤخذ به في الـكتابة) من غير تأخير الى الاعتاق (وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير اذنه (و) حكم (المأذون له كذلك) قنا كان أو مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر فالكتابة أوجبت العقر ولا كذلك النكاح و باقي كلامـه ظاهر لايحتاج الى شرح

عنـد أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرو ر وهذا لانه مارغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى مابعـد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجـه الفرق أن في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهـذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسـقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصـل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شئ فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسـدا ثم وطئها فردها أخـذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس هـذا بشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق أمه انما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سـلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لامـه أيضا فتلك الفائدة أيضا انما تتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافي كون الاول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

لا يأخذ المكاتب الاولاد بالقيمة أي لا تكون الاولاد أحرارا بالقيمة (قوله لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة) أي فيما اذا كان المغرو ر حرا يؤاخذ بقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد رحمه الله هنا بقيمة متأخرة الى مابعد العتاق أي فيما اذا كان المغرو ر مكاتبا أو عبدا أو مدبرا هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى أما اذا كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لان كل دين وجب على المملوك بسبب ماذون فيه من جهة المولى يؤاخذ به في الحال وكل دين وجب بسبب غير ماذون فيه من جهة المولى فانما يؤاخذ به بعد العتق (قوله وهـذا العقر من توابعها) توابع التجارة داخلة تحت الكتابة وان كانت تبرعا حقيقة كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة و يستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب الحد فصار ملحقا بدين التجارة وان كان مقابلا بغير مال ولم يظهر في الفصـل الثاني لان وجوب العقر باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فلا ينتظمه الكتابة فتأخر الى عتقه كدين الكفالة والله أعلم

قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى مابعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان تجب القيمة عند محمد حالا فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق و ولد الحر انخلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق حمله بولد الحر المغرو ر بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ولا وصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لاجنبي فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهـو حر لانه ولد ولد المولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا عـلى الكلية لانها مقيدة بانتفاء المانع (قوله تقريره الكتابة أوجبت الشراء) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد أوجبت صحة الشراء *(فصل

(فصل) مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبة من المولى) وذلك بان ادعاها (فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصـديق وانما تتخير (لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها) لان الدعوى من المولى كالتحرير وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى وقوله (وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى و يندفع به ما عسى أن يتوهـم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص فـلا تصح دعوته ان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليـل جواز اعتاق المولى مكاتبتـه دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى (فان اختارت الـكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها) أي مهر مثلها (لاختصاصـها بنفسـها و بمنافعها على ماقدمنا) يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعني بعد مضيها على الكتابة (عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) عـلى ما نذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسـلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بان الكتابة تشـبه المعاوضة و بالنظر الى ذلك لا يسـقط

(فصل) قال (واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت عـلى الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها و بمنافعها على ماقدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي لحرمة وطئها

(فصل) مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهـذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة و بالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط و بالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهـة الكتابة فعملنا بالشـبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضـة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهـى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هـذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشـبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحـد في حالة واحدة وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلان العـمل بالشـبهين لو تصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابه لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط *ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسـلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة

(فصل) (قوله يملك الاعتاق في ولدها) لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها قصدا اذا لم يكن منه فلان يملك تحرير ولدها ضمنا للدعوة أولى (قوله وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة) وهذا لانه لما كفى للمكاتب ملك أدنى منه في مكاتبته بدليل عدم جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد حتى يثبت منه النسب عند الدعوة فلان يكفي للمولى ماله من الملك وهو أقوى بدليل جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد أولى (قوله لما قدمنا) اشارة الى قوله قبيل فصل المكاتبة الفاسدة واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت أخص باجزائها (قوله ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي لحرمة وطئها عليه) وهذا بخلاف أم الولد اذا ولدت ولدا حيث يلزم

البدل وتشبه الشرط و بالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط (وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا عـلى موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر) وهي ماضـية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد ام

*(فصـل واذا ولدت المكاتبة) (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لان للمولى الخ) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبته (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر الها

الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر والله أعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد في الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل وعورض بان مالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم وأجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز أن يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك

القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد وحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البدل) أقول وتوارد علتين ممتنعي الاجتماع على معلول واحد شخصي لا يمتنع قال المصنف (غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد) أقول قال الاتقاني لم نجد فيه الرواية المنصوصة ولقائل أن يقول النظر لها في ايفاء حقها اليها لان وحقها الحرية وقد حصل لا في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها اعتقت بالاستيلاد لا بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة اهـ كلامه وأنت خبير بانه ليس فيه ابطال حق الغير لانها اعتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا يبين في العقود الشرعية فكم لها نظائر

عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد

انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بان قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بامومية الولد فاني يجتمعان معا وان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان

المولى لانها أم ولد يحل للمولى وطؤها وهذه أم ولد لا يحل للمولى وطؤها فلذلك لا يلزم المولى الا ان يدعي حتى اذا عجزت نفسها ثم ولدت ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت أم ولد يحل وطؤها فحكم بثبوت النسب من المولى كسائر أولاد أم الولد (قوله جهتا حرية) أي عاجلة ببدل الكتابة وآجلة بغير بدل (قوله غير انها يسلم لها الاكساب والاولاد) جواب لشبهة وهي ان يقال لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي ان يسلم الاكساب والاولاد المشتراة في الكتابة للمولى فاجاب ان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق

أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني أن تبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا هنا الى بطلان الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمله فلعله سديد (ولو أدت المكاتبة) بالنصب أي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى

عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم

(قوله والثاني أن يبطل بانتهائه بايفائه) أقول فيه شئ فان بالايفاء يتقرر ولا يبطل والحق أن بطلان الثاني لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعي في ايفائها بعده يكون سعيا في تحصيل الحاصل وهذا هو الذي أشار اليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه) أقول وفيه أنه ليس في الثاني ايفاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطلة بالايفاء نظرا لها فليس الايفاء والابطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين) أقول اذا كانتا فرديتين ولا نسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول أراد من قوله هي أولا العتق ومن قوله هي ثانيا البدل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذ الحرية غير ثابتة تعليل لوجود المقتضي والظاهر أنه تعليل لانتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضي

لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر في ايفاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها اعتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خبير أنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل انتهى (أقول) ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة في أكسابهما انما هو يدا لا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيهما وانما رقبة أكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي فقوله وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة أمهامن غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الاكساب والاولاد بقوله أي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا في حق أمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني أن يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه وبالثاني تعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان كون الكتابة عقدا

الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاولاد والاكساب

(وان مات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار بين أن تسعى فى ثلثى قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف تسعى فى الاقل منهما وقال محمد تسعى فى الاقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الخيار والمقدار فابو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة و جب عليها أحد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل

واحدا لا ينافى تصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا فى تحقق التناقض أمورا منها وحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل و بقيت فى حق الاكساب والاولاد فلا محذور أصلا وأما الثانى فلوجوه أحدها أن انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحدطريقى بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها أن المكاتبة فى مسئلتنا هذه ممن لم يقع منها ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة فى حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لا نظير له فى قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل و بقيت فى حق الاكساب والاولاد ينافى المعنى الذى عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير اتمام الكتابة فى حق البدل وفى حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة فى حق البدل و بقائها فى حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثانى الذى تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أى معنى كان وعدمه فى حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال فى كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمله فلعله سديد الى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضا ليس بشئ وجوابه ليس بسديد أما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين فى موضعه والامر فيما نحن فيه وفى سائر المسائل التى يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فان المقصود فى أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الادلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثانى فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التى هى على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة أن يلزمه ايفاء البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها واذا أسقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ماذكره من توزيع التعليلين على مالها وما عليها سديدا كما لا يخفى (قوله والاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال

(قوله فان مات المولى ولا مال له غيرها) انما قيد به لانه لو كان له مال غيرها وهى تخرج من ثلث ماله عتقت بالتدبير وسقطت عنها الكتابة لوقوع الاستغناء بها عن أداء المال فكان هذا بمنزلة ما لو أعتق المولى مكاتبه (قوله وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لان فى التخيير فائدة لجواز ان يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأقل المالين أعسر لكونه حالا فكان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا (قوله قابل البدل بالكل) أى بكل المدبرة لانه أضاف العقد الى كلها فقال كاتبتك على هذا وهى محل قابل لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا واذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجانا فيجب

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعى فى ثلثى قيمتها مدبرة لا قنة وفى جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان فى التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الاقل) قد اعترض عليه لان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير وأجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيتها لذلك فلو لم يكن بما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البدل بالكل) لانه أضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة

بمقابلته

بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شئ وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان

متحدا لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا فى عامة الشروح وعزاه فى معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شئ وهو أن الفائدة المذكورة انما تتصور فى صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة وأما فى العكس فلا اذ لا شك ان أداء الاقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الاكثر المعجل فلا فائدة فى التخيير فى هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الاقل لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة فى الكتب باسرها (قوله وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة و جب عليها أحد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير وأجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيتها لذلك فلو لم بما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة (أقول) فى الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير ينافى قول المصنف وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة اذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان فى شخص واحد فى حالة واحدة فأنى يتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافى للحرية هو الثانى دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لا بقى تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال فى الكافى فى تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة و بطل الاجل لانه من خصائص الكتابة و بقى أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الاكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الاقل المعجل كما مر فى بيان دليل أبى حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول للمانع أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت فى المدبرة فى الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى

ان يسقط بقدره من الثلث وصار كما اذا استأخر التدبير بان كاتب عبده أو لا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق (قوله ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها) ولا يقال الظاهر انه انما التزم بمقابلة الكل لانه انما التزم ليعتق قبل موت المولى لانا نقول استحقاق المدبر العتق غير مقرر قبل موت المولى لانه ان مات قبل موت المولى يبطل الاستحقاق وان مات المولى قبله يتقرر و بدل الكتابة فى الحال كالموقوف بين ان يكون بمقابلة الكل أو الثلثين فان أدى قبل موته يكون بمقابلة الكل فيعتق كله باداء البدل وان مات المولى أولا يتقرر استحقاقه فتبين بموت المولى أولا ان التزام البدل كان بمقابلة ما لم يتقرر استحقاقه توضيحه انه انما يلتزم البدل ليحصل العتق له عاجلا اما لو علم حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البدل فان أدى قبل موت المولى يجعل بمقابلة الكل واذا مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين (قوله استحقت حرية الثلث ظاهرا) انما قيد بقوله ظاهرا لانه اذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث الا بالسعاية (قوله فصار كما اذا طلق امرأته اثنتين) الى قوله كان جميع الالف بمقابلة الواحدة فان قيل انما قابلنا البدل ثمة بازاء ما بقى لوقوع التطليقتين اما ههنا فالمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ولهذا حل وطؤها فيجوز ان يثبت بازائه من البدل قلنا قد سقطت مالية هذا الثلث هنا ولهذا لو أتلفها انسان لا يضمن الا بقيمة الثلثين فيكون البدل بازاء الباقى

وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله (وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهى المسئلة التى تلى هذه المسئلة وقوله (لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا) أى مكشوفا بينا لا يخفى على أحد لان اخراجها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان أعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها الثلث فاستحقاق ثابت قطعا (أو ظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخراجها عن الملك) أقول أى لا الى مالك قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتمشى على أصل أبى يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شئ ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بتجزؤ الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر و يغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراله (قوله اذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقتها جهتا حرية (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ماذكرنا) من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فمتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصل شئ وحصل ذلك الشئ من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) واللزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه) اشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) وفي

جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شئ فافترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ماذكرنا أما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا

أن يكاتب أم ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حريته كلا للاحتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حريته بعضا لتلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانها استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق اهـ (أقول) ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله و يسعيان في ثلثيهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا وانها استحقتها مجانا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين و بقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف ما لا يستحق حريته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فانه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهم

(قوله لدلالة الارادة) أي ارادة المطلق لان الظاهر انها تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانه لم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا (قوله عنده) أي عند عقد الكتابة (قوله لما بينا) أنه لا تنافي لانه تلقتها جهتا حرية (قوله بناء على ماذكرنا) أراد به قوله أما الخيار فرع تجزي الاعتاق (قوله ووجهه ما بينا) أراد به قوله لان البدل مقابل بالكل (قوله لانا نبقي الكتابة في حقه) أي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب

استحسانا والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال) بما هو مال (لان الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة (ووجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على أداء البدل الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمة (ربا) وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلان أعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة

(قوله لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا) أقول لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب لعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعضه ولذ

وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال و بدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا

(قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اهـ كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اهـ (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما الان ذكر العوض بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا اخرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة اهـ ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اهـ وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة اهـ (أقول) ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شئ معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اهـ (قوله وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به) قال بعض العلماء فيه

(قوله فكان ربا) لانه لما أدى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة بمقابلة خمسمائة من الالف التي في ذمته فالخمسمائة الاخرى تسلم للمكاتب بالاجل وأنه ليس بمال والدين مال فيكون هذا مقابلة المال بغير المال فيكون ربا لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض (قوله ولهذا لا يجوز مثله في الحر) بان كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا لا يجوز وكذا لو كان على مكاتب الغير دين مؤجل فصالحه على هذا الوجه لا يجوز و بدل الكتابة مال من وجه أي ليس بمال من كل وجه حتى لا تصح الكفالة ولا يصلح

وقد استعمله باللام وأما معنى قـولـه فلانه قال الاجل فى حق المكاتب مال من وجه فان أراد بقوله فاعطى له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذالدين مال من وجه وان أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ماذكرتم من أن المال مايتمول به ويحرز صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس مانحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو فى ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشئ يجوز أن يكون جهة فى شئ ولا يكون معتبرا فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه دينا والاجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت فى شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا للضرر بتأخير حقهم الى مضى الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب يؤدى

ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفى درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدى ثلثى الالفين حالا والباقى الى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله) لان له أن يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشترى أد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لافيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثى القيمة حالا أو ترد رقيقا فى قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا فى القدر والتأخير

مناقشة ظاهرة اذقد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتامل اه (أقول) هذه المناقشة انما تظهر أن لو أرادوا بنفى القدرة على الاداء الا به نفى القدرة الممكنة وهى أدنى ما يتمكن به من

نصابا للزكاة (قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجه) لان القياس ينفى هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وعقد من وجه لانه تعليق العتق باداء البدل والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر (قوله حتى أجرى عليها أحكام الابدال) حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن ويأخذ الشفيع بكل الثمن (قوله نظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف) أى أصل اختلافهم هذا فى مريض باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف الى سنة (قوله لما بينا من المعنى أراد به ماذكر من الدليل فى الطرفين (قوله لان المحاباة ههنا فى القدر والتأخير) فانه تبرع باسقاط أحد الالفين وتأخير الالف

ثلثى الالفين حالا) وهو الف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقى) وهو ستمائة وستة وستون درهما وثلثا درهم (الى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله لان له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شئ له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار ذلك (كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لان له أن يترك الزيادة وثلث الالف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل (ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التاجيل فعندهما يخير المشترى بين أداء ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فى الزيادة لما بينا من المعنى يعنى الدليل من الطرفين (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثى القيمة حالا أو يرد رقيقا فى قولهم جميعا لان المحاباة فى القدر) وهو اسقاط ألف درهم (والتأخير) فاعتبر

الاعتدال (قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما فى ردف لكم (قوله لما تقدم ان له شبها) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع المنافى كما علمه غيره (قوله فيكون من هذا الوجه دينا) أقول اليمين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه) اقول ويخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتامل (قوله والاخذ بالشفعة) أقول فيه شئ والامر سهل

وهو تاجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أى يصح تصرفه فى ثلث قيمته فى الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لافى حق الاسقاط ولا فى حق التاخير *(باب من يكاتب عن العبد)* لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصيل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الاصيل لان الاصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم الخ) قال فى الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه فى تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعنى ان

فاعتبر الثلث فيهما

(باب من يكاتب عن العبد)

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لاشرط والعقد موقوف على اجازة العبد وفى الاستحسان يعتق لانه لاضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق باداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا)

الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفى القدرة الميسرة وهى ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء فى حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن اقراضه المال فى الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان أمكن فى الجملة على ان المصنف وأضرابه لم يتشبثوا فى تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء فى الحال يرد الى الرق اه فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر والله أعلم *(باب من يكاتب عن العبد)*

الاخرى والله أعلم

(باب من يكاتب عن العبد)

(قوله لانه لاشرط) أى حتى يعتق لوجوده لانه لم يقل ان أديت اليك ألفا فهو حر والعقد موقوف والموقوف لا حكم له (قوله ولا ضرر للعبد الغائب) وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البدل فاذا تبرع الفضولى باداء البدل وتصرف الفضولى نافذ فى حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه فى عتقه عند تبرع الغير باداء البدل عنه فتنعقد الكتابة فى حق هذا الحكم وتتوقف فى حكم لزوم الالف على العبد (قوله وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب) يعنى قيل صورة مسئلة الكتاب ما اذا لم يقل ان أديت اليك ألفا فهو حر بل قال له كاتب عبدك على ألف درهم وقبل الفضولى عن العبد والحكم فيه أنه ان أدى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل يصير مكاتبا وقيل هذا الجواب أى العتق باداء الفضولى فيما اذا كانت المسئلة مصورة بصورة التعليق بان قال الفضولى على انى ان أديت فهو حر على ما قال فى الكتاب (قوله لانه متبرع) لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر فى أدائه وهل له ان يسترد ما أدى الى المولى قلنا ان أداه بحكم الضمان وهو ان يقول كاتب عبدك على ألف درهم على انى ضامن يرجع عليه لانه أدى بضمان فاسد فان

هذا العقد نافذ فى حق ما للعبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا أجاز بعد العتق وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفى القياس لا يعتق لانه لاشرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لا حكم له وجه الاستحسان أنه لاضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق أى فى توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد فى حق هذا الحكم ويتوقف فى لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولى يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب أن ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر فى أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) اذا قال العبد لمولاه كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا وفى القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق ا

(باب من يكاتب عن العبد) (قوله ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر ان يقول بالتبع وانما اعتبر الملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولى يتوقف على اجازة المجيز فيماله) أقول كثبوت الملك له

لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شئ فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد به لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الاولاد لم يسقط من البدل شئ وتعتق الاولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع من وجه بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها للقياس وأما فى الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة اصالة أولا تصحيحا للعقد ونظر المكاتب ولاشتماله على المسامحة وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أى فللمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه وهذا يدلك على ان النظر فى مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة فى انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرار لانه قال فى أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكنه أعاده تمهيدا لقوله (ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب ف) القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شئ من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة (لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا أدى المرتهن) لفكاك عينه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه

ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفى القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شئ واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال (وأيهما ادى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وان أدى بغير ضامن لا يرجع لانه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد فلا يرجع كمن تبرع باداء الثمن على المشترى وتم تبرعه وهذا اذا أدى كل بدل الكتابة وان أدى البعض له ان يرجع سواء أدى بضمان أو بغير ضمان ان أدى بضمان فلما مر وان أدى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل عوضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كمن تبرع باداء الثمن فى بيع موقوف كان له ان يسترد من البائع لهذا المعنى بخلاف ما لو قبل العبد الكتابة ثم تبرع انسان عنه باداء بعض بدل الكتابة حيث لا يرجع لان ثمة حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة المكاتب عن بعض البدل وههنا لم يكن فى ذمة العبد شئ حتى يبرأ بادائه هذا اذا أراد ان يرجع قبل اجازة العبد وان أجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم أراد الحر ان يرجع بما أدى بحكم الضمان يرجع وان أدى بغير ضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو البعض لانه متى أجاز نفذت الكتابة من الابتداء فوقع الاداء مبرئا لذمة المكاتب عن بدل الكتابة فحصل مقصود المتبرع فلا يرجع (قوله والكتابة على هذا الوجه مشروعة) بان جعل نفسه أصلا فى الكتابة والغائب تبعا كولد المكاتبة يكون تبعا لها فيصح هذا التصرف كذلك أو يجعل هذا كتابة للحاضر على ألف وتعليقا لعتق الغائب باداء الالف الذى هو بدل فى هذه الكتابة تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان (قوله وأيهما أدى عتقا) أما الحاضر فلان البدل عليه فيجبر المولى على قبوله عند أدائه ويعتق الغائب أيضا لدخوله فى كتابة الحاضر تبعا كما فى ولد المكاتبة أولما

قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر اليه) ومثله أيضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب أنه كهو فى حق جواز الاداء من غير دين عليه لا فى الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شئ حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما

(قوله وأما فى الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة أصالة أولا تصحيحا للعقد) أقول قوله تصحيحا ناظر الى قوله فالنظر والضمير فى قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولاشتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصحيحا (قوله فى انعقاد العقد عليه) أقول الضمير فى قوله عليه راجع الى الغائب فى قوله ولا يكون على الغائب من البدل شئ

يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا أجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ لما بينا) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرده وقبوله فى ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذه بشئ من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة فى الامة اشارة الى أن الحكم فى العبد والامة سواء فانه لو وضعها فى العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك فى الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة (وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت دينا على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطر وفى ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغى أن لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة فى صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى (قوله وهى أولى بذلك من الاجنبى)

قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى وهى أولى بذلك من الاجنبى

ر أحكام الاصيل لان الاصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهى أولى بذلك من الاجنبى) يعنى ان

ذكرنا من التعليق ووجود الشرط وأما اذا أدى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبى بل يكون بمنزلة ولد المكاتبة ومعير الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتهن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وههنا أولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل فى الكتابة تبعا كولد المكاتبة أولانه فى حقه مجرد تعليق العتق بشرط أداء بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب وان دخل فى عقد الكتابة تبعا كولد المكاتبة الا أنه أصل من وجه من حيث ان عقد الكتابة أضيف اليهما مقصودا بقوله كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب فكان بدل الكتابة منقسما عليهما فى الاصل ولهذا لو أعتق المولى الغائب عتق وسقط حصته من المكاتبة لان المال مقابل بالرقبتين فى حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعا لاحصة له فى حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدى حصته وان أعتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبة ويؤدى الغائب حصته حالا والا رد فى الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب بخلاف ولد المكاتبة اذا أعتقه المولى لا يسقط عن المكاتبة شئ ويعتق باعتاق المكاتبة (قوله فان قبل الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ) أى لا يؤثر قبوله فى لزوم بدل الكتابة عليه لانه ليس للمولى ان يأخذ الغائب بشئ أجاز الغائب أو لم يجز وكذلك رده لا يؤثر فى حق رد عقد الكتابة عن الحاضر بل عقد الكتابة لازم للحاضر وان رده الغائب (قوله واذا كاتبت الامة على نفسها) أى قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها والحكم فى العبد كذلك وليس فى وضع المسئلة فى الامة فائدة سوى ما ذكره أبو جعفر رحمه الله فى كشف الغوامض بقوله ان لهذه الرواية أى لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس فى مكاتب المبسوط فان هناك وضع المسئلة فيمن كاتب عبده على نفسه وأولاده الصغار فلولا رواية الجامع الصغير كان لقائل ان يقول للاب على الصغير من الولاية ما ليس للام فبرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالصغيرين ليدل بذلك ان لا أثر لقبول الغائب أو رده ثم فائدة وضع المسئلة فى الصغيرين دون الصغير هى ان أيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع كان لقائل ان يقول فى مثل هذا اذا أدى أحد الابنين ينبغى ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية بخلاف الام وابنها فان أداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن يتبعها وكذلك أداء الابن كاداء أمه لانه لما دخل فى كتابتها بطريق التبعية صار أداء التبع كاداء الاصل وأما أداء هذا الابن ليس كاداء أخيه لما أنه لا تبعية بينهما ولهذا وضع هذه المسئلة فى المبسوط فى الاولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ولكن اختار فى الجامع الصغير لفظ التثنية لانه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة (قوله على ما بينا فى المسئلة الاولى) وهى ما اذا كاتب عن نفسه وعن عبد آخر له غائب (قوله وهى أولى بذلك من الاجنبى) لان ولدها أقرب اليها من الاجنبى والله أعلم

(قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول الضمير فى قوله بانه راجع الى قوله حق الحرية والضمير فى قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

(باب كتابة العبد المشترك)

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بالف درهم و يقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو

هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الاجنبى فلأن يجوز فى حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبى كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله اشارة الى ماذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ماذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وماذكره صاحب الكافى و بعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام فى الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى فليس بتام لان تبعية الولد للام فى الكتابة مطلقا انما تكون فى الولد الذى ولدته فى حال الكتابة والولد الذى اشترته فى حال الكتابة لا فى الولد الذى ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولاشك أن وضع مسئلتنا هذه فى كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم لها فى عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة فى المسئلة الاولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هنالك وقال ههنا لأنها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هنالك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بان الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر فى وضع هذه المسئلة فى الامة اذلو وضعها فى العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يعلم تساوى العبد والامة فى حكم هذه المسئلة

(باب كتابة العبد المشترك)

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع فى كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا فى غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثانى لا يتمشى فى المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبى حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تامل تقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفى بعض النسخ بين شريكين وهى أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يعم ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل اما بجعل الشريك فعيلا بمعنى مفعول من شركه فى كذا فان كلا من المتشاركين فى أمر شارك فيه ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكر والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا فى لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال قال واذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال أى بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لاشك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين فى نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ان يكاتب نصيبه) أى نصيب المأذون

يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الاجنبى فلان يجوز فى حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبى أولى وأقول لعله اشارة الى ماذهب اليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى وأرى أنه الحق والله أعلم

(باب كتابة العبد المشترك)

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شريكين الخ) اذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكاتب نصيب نفسه بالف درهم و يقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر أن يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما فى المسئلة الاولى على مذهب أبى حنيفة أو اثنين (قوله واذا كان العبد بين شريكين) أقول أى بين

وأصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك فى الكتابة وانما تكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد شئ من ذلك من أحد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن أين للمكاتبة ذلك وأجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعانى المذكورة وانما هى تشتمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان فى خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهى الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضى وانتفى المانع وأما المعانى المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه يمين (قوله واذنه له ليس بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الآذن متبرعا

بنصيبه من الكسب عليه أى على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضميرعليه للعبد أى فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشترى ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشترى أجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن قضاء دينه من ماله و بعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيأ بخلاف البائع فان

بينهما) وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة

فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد

(قوله وأصله) أى وأصل قوله فالمال الذى قبض عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما هو بينهما نصفان (قوله فيكون متبرعا بنصيبه عليه) أى على المكاتب لانه لما أذن أحدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا و بقى نصيب الآذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب و بعضه عبد فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فمتى اذن الذى لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذى يكون له فيصير الآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع و يصير بمنزلة مالو وهب من مكاتبته شيأ ثم المكاتب ملكه من غيره بعوض وعجز فان قيل المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشترى ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق يرجع بما تبرع به لان المقصود به من التبرع وهو سلامة المبيع للمشترى لم يحصل وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به لان مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فههنا أيضا مقصود الآذن بالتبرع أن يسلم للمكاتب رقبته بالعتق ولم يحصل بالعجز فينبغي ان يرجع قلنا المتبرع عليه ههنا هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن عتقه و بعد العجز صار رقيقا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولا عينا خصوصا اذا خرج عن

ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف ووكيل فى النصف وهو أى البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفى يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قولهما حيث أخره

رجلين (قوله والاذن لا يفيد) أقول أى على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة) أقول قوله هو فى قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشريك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول يعنى الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول يعنى عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه يمين) أقول فلم ينتف فيهما المانع (قوله وهو أى البدل) أقول أو العقد أو المكاتب و يؤيده قوله وقالا هو مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قولهما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه يابى عنه ترجيح قول أبى حنيفة فى كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها الخ) واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أى صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أى صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهى أم ولد كلها للاول بطريق التبين لانه لما ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد فى المكاتبة يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نسيبه كما فى المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثانى ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر أن تمضى على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثانى نصف العقر وقيمة الولد و يكون

الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهى أم ولد للاول) لانه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة واذا ادعى الثانى ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك فى الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء فى تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك فى الكتابة أى على مذهبهما اه (أقول) هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك فى الكتابة على مذهبهما قطعا ألا ترى الى قولهما فى تعليل مذهبهما فى هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلى الطرفين فى هذه المسئلة بالتمام قال وكان المصنف مال الى قولهما حيث أخره اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول أبى حنيفة فى كتاب العتاق اه (أقول) الذى مر فى كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبى حنيفة فى مسئلة الاعتاق ترجيحه فى مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة احد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فمن أين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل فى كلتا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجيح قوله هنالك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تأخير دليله فى البيان وقد عكس الامر ههنا فافهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثانى على الرجوع عن الاول كما هو المخلص فى أمثال هذا فلا محذور وتدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقد وقيمة الولد) قيل ينبغى أن لا يضمن شريكه قيمة

يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف الزوجة والبائع لان ذمتهما محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده (قوله لعدم التجزى) ولا يلزم كتابة أحدهما بدون اذن الشريك حيث تثبت الكتابة قصرا عليه لان الكتابة انما تقتصر على أحد الشريكين اذا كانت غير لازمة والكتابة هنالك ليست بلازمة بدليل ان الساكت يملك فسخها وهنا لازمة فاشبهت التدبير (قوله كما فى المدبرة المشتركة) صورتها أمة بين رجلين دبراها ثم وطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه يثبت نسب الولد منه وتقتصر أمومية الولد على نصيبه (قوله لقيام ملكه ظاهرا) قيد بقوله ظاهرا بالنظر الى ابقاء الكتابة وبالنظر الى العجز لا يبقى ملكه فيها والظاهر أنها تمضى على كتابتها فيكون ملك الثانى باقيا فيها (قوله ووطؤه سابق) فتصير أم ولد له من ذلك الوقت لان السبب هو الوطء فصار كما اذا أسقط الخيار يثبت الملك للمشترى من وقت العقد حتى تستحق الزوائد (قوله ويضمن شريكه كمال عقرها) وقيمة الولد فان قيل ينبغى ان لا يضمن قيمة الولد لان ضمان القيمة فى ولد المغرور وما ان المالية تتلف فى الولد بحريته فيضمن الاب قيمته وهنا الولد يتبع

(قوله أى صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أى صحت دعوته أيضا) أقول فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض فى وضع المسئلة

و يكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغى أن لا يضمن الثانى قيمة الولد للاول عند أبى حنيفة لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا الابن أجيب بان هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبة يعنى قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هى أم ولد للاول وهى مكاتبة له وتعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاد طلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذا ما يثبت به ولهذا لا يكمل فى القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا أى فيما وراء ما لا تتضرر به وهو كونها أحق باكسابها واكساب ولدها

و يكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز) لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هى أم ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة

الولد عند أبى حنيفة رحمه الله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا الابن واجيب بان هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعنى أن هذا الجواب ليس بشئ لان ما ذكره المصنف فيما سيأتى بقوله وهذا الذى ذكرناه كله قول أبى حنيفة ينافى هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة اه وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح فى باب البيع الفاسد من أن الروايتين فى حق المدبر وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها اه (أقول) لا ضير فى مخالفة ما ذكر فى هذا الجواب الثانى لما أسلفه صاحب العناية فى باب البيع الفاسد فانه وان أسلفه هنالك تبعا لصاحب النهاية الا أن المصنف صرح هنالك بتحقق الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله فى تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدبر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه اه والمجيب بهذا الجواب الثانى انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا فى باب البيع الفاسد عدم تحقق

الام والام غير متقومة فكذا الولد فلا تجب القيمة فكان حرا فلا يجب الضمان قلنا عن أبى حنيفة رحمه الله فى كون أم الولد متقومة روايتان فهذا وقع على رواية التقوم فيكون الولد متقوما على هذه الرواية فيضمن بالقيمة (قوله لانه بمنزلة المغرور) لان الشريك وطئها على حسبان ان بضعها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين أنه لا ملك له فصار مغرورا (قوله وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هى أم ولد للاول) وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد فى المكاتبة يتجزى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتجزى وأجمعوا على أنه لا يتجزى فى القنة ويتجزى فى المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاد واجب ما أمكن ولهذا يكمل فى القنة وأمكن تكميله ههنا بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت تصير قنة واستيلاد القنة لا يتجزى ولابى حنيفة رحمه الله أنه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضى بحريته بجهة الكتابة ولا رضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا تنفسخ الكتابة ولهذا قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبة ابنه لا يصح وان أمكن تصحيحه بفسخ الكتابة (قوله ولا يجوز وطء الآخر) أى لا يكون هذا الوطء وطأ يثبت النسب والا فعدم جواز الوطء بالاتفاق (قوله فتنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب) لانه لا ضرر لها فى كونها أم الولد بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع

(قوله و يكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أى ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق فى هذه الكراسة ان الاوصاف القارة الشرعية فى الامهات تسرى الى الاولاد (قوله وقيل عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح فى باب البيع الفاسد من أن الروايتين فى حق المدبر وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها

(قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثانى بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هلا فسختم الكتابة فى ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها فى ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان فى تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه مالا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت (قوله واذا صارت كلها أم ولده) متصل بقوله صارت كلها أم ولده وتقريره أنه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده واذا صارت كلها أم ولد له فالثانى وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحد للشبهة وهى شبهة أنها مكاتبة بينهما بدليل ماذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتبة بينهما فيما تتضرر به للاجماع على ماذكرناه ولا حد على وطء مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له أى للاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثانى وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا فى حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر فى حق سقوط نصف البدل

فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان فى تجويزه ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها أم ولده فالثانى وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن أحدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا فى

الروايتين عن أبي حنيفة فى حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافى ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ووجه الجواب أن فى تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح فى حل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة فى الكافى بفان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه مالا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندى عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثانى الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن فى النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خبير

والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونها أحق باكسابها واكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب ما قاس أبو حنيفة رحمه الله المكاتبة المشتركة بالمدبرة المشتركة أى الكتابة بخلاف التدبير من حيث ان الكتابة قابلة للفسخ والتدبير غير قابل للفسخ فكذلك اذا استولد الشريك الثانى بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده لما قلنا ان أمومية الولد يجب تكميلها ما أمكن وههنا لا امكان لان التدبير لا يقبل الفسخ (قوله بخلاف بيع المكاتب) أى لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه فى البيع وقد قلنا انه يفسخ فيما لا يتضرر المكاتب (قوله غير أنه لا يجب الحد) للشبهة وهى شبهة انها مكاتبة بينهما بالدليل الذى ذكره أبو حنيفة رحمه الله على انها تبقى مكاتبة بينهما (قوله لان الوطء لا يخلو عن احدى الغرامتين) أى اما الحد واما العقر (قوله وصار كلها مكاتبة له) أى للاول (قوله قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو اختيار الشيخ الامام الزاهدى أبي منصور الماتريدى رحمه الله لان الكتابة لما انفسخت فى نصيب الثانى سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشايخ رحمهم الله تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة أمر ضرورى فلا يظهر فيما عدا تملك الاول نصيب الثانى فبقى العقد الاول كما كان

قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندى عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثانى الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن فى النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع (قوله أنها تبقى مكاتبة بينهما) أقول مخالف لقوله وهى مكاتبة له (قوله قيل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قيل

وقوله (وفى ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وهى لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه أن فى ابقاء عقد الكتابة فى حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل فى الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت فى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) فى تعليل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه فى قياس قول أبي يوسف الخ) اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقى من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كان قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل والوجه قد ذكرناه (واذا كان الثانى لم يطأها

حق التملك ضرورة فلا يظهر فى حق سقوط نصف البدل وفى ابقائه فى حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت فى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه فى قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) لانه تملك نصيب شريكه وهى مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفى قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة) لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما قال (واذا كان الثانى لم يطأها

بان القياس الذى ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه فى قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فللتردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقى من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح فاسد وتحرير مختل أما أولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش اذ قد صرح فى

(قوله وفى ابقائه فى حقه) أى فى ابقاء عقد الكتابة فى حق نصف بدل الكتابة نظر للمولى أى المستولد الاول وهو حصول بدل الكتابة له (قوله على ما بينا) أى فى بيان قول أبي حنيفة رحمه الله (قوله ويضمن الاول لشريكه) فى قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) وهو قول أبي يوسف رحمه الله فى مكاتب بين الشريكين أعتقه أحدهما فانه يجب عليه عند أبي يوسف رحمه الله نصف قيمته مكاتبا فقياس قوله فيما نحن فيه ان يضمن نصف قيمتها مكاتبة أيضا وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا (قوله لانه ضمان التملك) لظهور آثار الملك فيه من حل الوطء والاستخدام ونحوها فاما اذا أعتقه أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك لانه لم يظهر أثر من آثار الملك عندهما والولاء ليس من آثار التضمين فان الولاء عندهما للمعتق على تقدير التضمين وعدمه فلم يكن ضمان الاعتاق ضمان التملك وفى قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة لان حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن ولانه لو بقى من البدل درهم يكون

(قوله على ما بينا) أقول يعنى فى شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله فى تعليل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال فى تعليل القولين

ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على مامر قال (وهى أم ولد للاول) لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على مابينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الاول) لانه صحت دعوته لقيام المصحح (وهذا قولهم جميعا

عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتى بعد نصف صفحة بان قول أبي يوسف فى تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا بناء على أنه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية فى الاستدلال على قول أبي يوسف فى تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار لا يشتبه على أحد أن ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أو لم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لانه ضمان تملك فاما اذا أعتقها أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك وأما ثانيا فلان قوله هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ماذكره فيما قبل باسره كان فى حق المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن مانقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح فى أنه فى حق المكاتبة المشتركة اذا تملكها أحدهما بالاستيلاد وأما ثالثا فلانه صرف القياس فى كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف مابقى من البدل انتهى مع أن كلام المصنف فى المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ماسيأتى صريح فى أن محمدا مع أبي يوسف هنالك فى أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف مابقى من البدل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان فى مسئلة اعتاق احد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احداهما ماذكره المصنف فيما سيأتى والاخرى ما يوافقه قياس ماذكره فى مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ماذكر فى بعض الكتب المعتبرة كالكافى والبدائع فان المذكور فيهما فى مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهى ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف مابقى من بدل الكتابة لكن كلامنا فى عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذى أقحمه فى لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا ثم أقول الوجه عندى أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس قوله فى مسئلة الاعتاق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله فى تلك المسئلة يرشدك الى هذا المعنى قطعا أسلوب تحرير المصنف حيث قال فى قياس قول أبي يوسف وفى قول محمد بزيادة لفظ قياس فى الاول وحذفه فى الثانى تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا فى العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه

حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما باستيلاد فقيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة درهم فلهذا أوجبنا الاقل (قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب) والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر وذلك يكفى اثبات النسب دون التدبير الا يرى انه لو اشترى أمة ودبرها ثم استحقت يبطل التدبير ولو استولدها ثم استحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة كذا ههنا (قوله على مابينا) اشارة الى ماذكره فى قول أبي حنيفة رحمه الله ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وبين ان الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال (قوله لقيام المصحح) وهو الملك فى المكاتبة لان استيلاده كان عند قيام الكتابة ويصح استيلاد المكاتبة بالاجماع (قوله وهذا قولهم جميعا) ووجهه مابينا اشارة الى قوله أما عندهما

ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه) أى التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه (بخلاف النسب فانه يثبت من الثانى ان وجد الوطء منه (لانه يعتمد الغرور) لا الملك (وهى أم ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على مابينا) يعنى فى تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك فى المكاتبة (وهذا قولهم جميعا)

(قوله وهذا قولهم جميعا

ووجهه

لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره وقد ذكرنا أيضا من قوله (ووجهه مابينا) أى فى تعليل القولين أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفا من قوله وتبين ان الجارية الخ وأما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد له الخ (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت فى الرق صارت كانها لم تزل قنة والجواب فيه) أى فى اعتاق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف فى الرجوع) فان عند أبي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق

ووجهه مابينا قال (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها) لانها لما عجزت وردت فى الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق وقد قررناه فى الاعتاق فاما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار

أنه ينبغى أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى (أقول) يمكن الفرق بان وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة هو أن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه فى نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة وأما بعدها والحال ان مصيرها ما أدته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو فى الحال فى كل مكاتب عجز عن أداء تمام

فظاهر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين أنه ملك نصيبه من وقت الوطئ (قوله والجواب فيه) أى فى اعتاق أحد الشريكين القن المشترك على الخلاف فى الرجوع فان عند أبي حنيفة رحمه الله اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع المعتق على العبد وفى الخيارات فان عند أبي حنيفة رحمه الله الشريك الساكت بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها وهو الولاء فان عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما الولاء للمعتق فى الوجهين جميعا (قوله كما هو مسئلة تجزى الاعتاق) يعنى كان مسئلة تجزي الاعتاق على الخلاف فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف أيضا فكان فيه اشارة الى ان الخلاف فى هذه الاشياء الثلاثة بناء على مسئلة تجزى الاعتاق وعدمه (قوله وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا) ولم يذكر الخلاف فى هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما ذكر الخلاف فى المسئلة المتقدمة فى رواية الجامع وفى الزيادات لم يذكر الخلاف أصلا فتكون هذه المسئلة المتأخرة على تلك الرواية ويحتمل ان يكون قول محمد رحمه الله فى تلك المسئلة خاصة ويفرق بينهما ووجه الفرق ان الاعتاق عندهما لا يقبل الوصف بالتجزى فيثبت العتق فى الكل والعتق ينافى الكتابة ابتداء وبقاء بخلاف الاستيلاد لانه لا ينافى الكتابة ابتداء فلا ينافيها بقاء بالطريق الاولى كذا فى الفوائد الظهيرية

يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه (وفى الخيارات) عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار (وغيرها) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبي حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق فى الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا سعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة رضى الله عنه يراه (كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق كما تقرر فى العتاق) هذا اذا عجز (فاما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة) خلافا لهما وهو واضح ومبناه أيضا على تجزؤ الاعتاق وذلك (لان الاعتاق لما تجزأ عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك فى القنة فيوجب الضمان (وعندهما لما لم يتجزأ أعتق الكل فله أن

لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغى أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل

(قوله لان الاختلاف) أقول يعنى بين أبي حنيفة وصاحبيه (قوله وغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفى الخيارات وقوله وفى الخيارات معطوف على قوله فى الرجوع (قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق

يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فاذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع

قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين

البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى

(قوله لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار) والقياس ان لا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الا أنا استحسنا وقلنا ان المعتق باشر السبب أي لما أعتق المعتق نصيبه صار اعتاق نصيبه سببا لاتلاف نصيب صاحبه دون العلة فيكون هذا ضمان السبب وهو مبني على صفة التعدي ففيما اذا كان المعتق موسرا لا بد من الضمان لانه يتمكن من احراز الثواب بواسطة اعتاق عبد آخر فاذا أعتق المشترك يكون متعديا وفيما اذا كان معسرا ليس له لاحراز ثواب العتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعديا (قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه) أي باعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لانه كان قبل اعتاقه يملك الاستخدام والاستقلال وكان لا يجبر على الاخراج الى المعتق فبعد اعتاق المعتق يكون المدبر مجبورا على الاخراج الى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصا باكسابه (قوله البيع وأشباهه) وهي الهبة والصدقة والارث والوصية (قوله والاستخدام وأمثاله) وهي الاعارة والاجارة والوطء (قوله والاعتاق وتوابعه) وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال (قوله واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان) لان هذا ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك فانه بالاعتاق أزال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب (قوله كما اذا غصب مدبرا وأبق) أي حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب فاذا وجده الغاصب فله ان يستسعيه (قوله فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين) فان قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب ان يضمنه ما بقي

أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملك شيأ بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك وان أعتقه أولا يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان وبقي تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك كان نصيبه مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا أعتق أولا أو غصب القن فمات

أو أبق وأما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا (قوله فاذا دبره الى قوله وهو أن نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبر راجعان الى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث

ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه فما الزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله وكلامه فيه ظاهر *(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)* تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة) نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والديون) بالجر معطوف على كامهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فانه يمهل ولا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود فقط والجواب ما أشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما وقال

وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لان الاعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده (ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا) ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب

من قيمته ناقصا فصار كما اذا سبق التدبير الاعتاق قلنا الاعتاق انما انعقد سببا للضمان لان نصيب صاحبه حينئذ كان قابلا للنقل من ملك الى ملك وباعتراض التدبير تعذر بقاء سببية الضمان على هذا الوجه فبطل السببية أصلا ألا يرى أنه لو غصب مدبرا ثم أبق يضمنه ولو غصب قنا فدبره المولى ثم أبق لا يضمن لتعذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي انعقدت باعتراض التدبير بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتاق لان نصيب صاحبه وقت الاعتاق لم يكن قابلا للنقل فامكن القول ببقاء السببية على الوجه الذي انعقدت

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

(قوله واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي أقل التأجيل نجمان أي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه أنه حط عن مكاتب له أول نجم حل عليه أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية نجوما ومنه قوله التنجيم ليس بشرط ودين منجم جعل نجوما وأصل هذا نجوم الانواء لانهم كانوا لا يعرفون الحساب وانما يحفظونه من أوقات السنة بالانواء (قوله كامهال الخصم للدفع) أي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع ببينة حاضرة فانه يمهل ثلاثة أيام (قوله والمديون للقضاء) فانه اذا أقر بدين وسأل ان يمهله ثلاثة أيام ليحضر المال أو ليبيع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا عن أدائه ولم يحبسه به (قوله لقول علي رضي الله عنه اذا توالى

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى) (قوله والمديون بالجر عطف على قوله كامهال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله

ان دخلت هذين الدارين فانت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا ارفاق فى الطلب عنده (فلا بد من امهال مدة ارفاقا وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثانى ولم يؤد المال تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التى اتفق عليها العاقدان (ولهما ان سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أى كون العجز سببا للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير فى يفسخ يجوز أن يكون للمولى أى فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضى أى فيفسخ القاضى اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضى فيه روايتان (بخلاف اليومين الثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا) (قوله والآثار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبيان ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض لان دليل أبى يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أخل نجم عند غير السلطان) المراد بالاخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة فى الوقت الذى اتفقا على تعيينه فى أدائها فاذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضى (فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو

ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى

العناية والمديون بالجر عطف على كامهال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شئ وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى فى صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التى توافقا عليه بعد ان أدى سائر النجوم باسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند امهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدى نجما واحدا فى ضعف مدته ولا ريب انه أيسر له كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا نسلم هذه الشرطية اهـ (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان من فى قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان فى قوله لان فلا شرط ولا جزاء فى الكلام حتى تكون الجملة شرطية (قوله والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبى يوسف بأثر على رضى الله عنه بان الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما على ما ذكر فى الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى بالآثار للتعارض لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت

على المكاتب نجمان رد فى الرق) علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده ذكر فخر الاسلام علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما وهذا أمر لا يعرف قياسا فصار المروى عنه كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم (قوله والآثار متعارضة) فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فيسقط الاحتجاج بها هذا جواب عما تمسك أبو يوسف رحمه الله بقول على رضى الله عنه بان الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنه يعارضه ما ذكره فى الكتاب فيسقط الاحتجاج بها أى بالآثار المتعارضة لان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فيصار الى ما بعدهما من الحجة فبقى ما قالا من الدليل ان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به أو نقول ان فى حديث على رضى الله عنه بيان ان حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه نفى حق الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا الى قيام الدليل وهو ما روينا من حديث ابن عمر رضى الله عنه فان ذلك كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لان ما يقوله الصحابى من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس (قوله فان أخل بنجم عند غير السلطان) أى غير القاضى

المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية (قوله لان دليل أبى يوسف) أقول يعنى دليله المعقول

وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج الى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم ان فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها أن هذا عيب تمكن فى أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشترى معيبا قبل القبض وهنالك ينفرد المشترى بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان فى يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون فى حال الكتابة وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه) واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثانى لانه مشروط بالاداء والغرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشئ يثبت فى الحال ثم يستند

(ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان فى يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو

الفسخ به كذا فى عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به فى كتب الاصول عند بيان انحصار الادلة الشرعية فى الاربع من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس اهـ وقد تقرر فى الاصول أيضا ان القياس لا يجرى فى المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروى عن النبى عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابى من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس اهـ فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه تساقطت كما قالوا ولم يصح القياس فى المقادير كما تقرر فى الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذى مرجعه الى القياس حجة لهما فى اثبات ما ذهبا اليه فى جواب هذه المسئلة فليتأمل (قوله وقال الشافعى تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه) ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل وقال الشافعى تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته على انه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو فى قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله

(قوله أو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد المشترى عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشترى بالفسخ وجه هذه الرواية ان هذا عيب تمكن فى أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فيشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشترى معيبا قبل القبض وهنالك ينفرد المشترى بالفسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضى فههنا كذلك وجه الرواية الاخرى ان هذا عيب تمكن فى أحد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار فى يده فاشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشترى بالمشترى عيبا بعد القبض وهنالك المشترى لا ينفرد بالفسخ كذا هنا (قوله لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب وان عجز فللمولى

(قوله وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية وقيته عند الاداء (قوله واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال

وهذا الشئ لم يثبت بعد , ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الاصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص فى الحال معلول وبيان مايميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بملاءمته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور أثره فى جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق مايرد من رد وادعاء الاضافة الى المختص فى هذا الموضع وامثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة (١٤٤) المحققين فذلك الفوز العظيم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذى ظهر عند ذوى التحصيل عذره وألحق بالاخسرين أعمالا الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع أما المقتضى فـ(لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه) اما المانع فلان (الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية) فان المملوكية ضعف والموت لاينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفى المالكية ضرب قوة والموت ينافيها

يثبت قبله أو بعده مستند الاوجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثانى لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت فى الحال والشئ يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية

وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال لاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع فى كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين فى مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح فى حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة فى المشروح وعدم تحققه فى الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الفاء فى قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له فى المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر فى عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب

(قوله لاوجه الى الاول لعدم المحلية) وذلك لان الميت ليس بمحل للعتق ابتداء لما فى العتق من احداث قوة المالكية وذلك لايتصور فى الميت ولا يجوز أن يستند الى حال حياته لان المعلق بالشرط لايسبق الشرط وفى اسناده الى حال حياته اثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء (قوله ولنا أنه عقد معاوضة) احتراز عن النكاح والوكالة وذلك لانه ثبت للمكاتب مالكية اليد وللمولى المطالبة ببدل الكتابة وقضية المعاوضة المساواة ولا تنفسخ الكتابة بموت المولى فكذا بموت المكاتب (قوله والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية) لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت أنفى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية فاذا جاز ابقاء العقد مع أقوى المنافيين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد مع أدنى المنافيين لاعلى الحاجتين أولى وأحرى وأما ماذكره الشافعى رحمه الله من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا فى فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا ومالكا لامواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجمهور على أنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته أما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل أداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل

المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد فينزل

(قوله وهذا الشئ لم يثبت بعد) أقول بل هو متعذر الثبوت فى الحال على ماعلمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد) أقول هذا لايخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح فى عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلى (قوله والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول الى فى قوله الى ذلك متعلق بقوله أدعى واشار بقوله ذلك الى البقاء والمعنى والحاجة الى البقاء أدعى الخ

فينزل حيا تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا فى حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفى حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا فى الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ماقبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل يقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود (١٤٥) عليه هو سلامة مالكية اليد

فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ماعرف تمامه فى الخلافيات

العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع الخ (أقول) لايذهب على ذى فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة فى تحقق الجامع المذكور فى جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما مر حوابه والمصنف لم يتعرض فى كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ماذا فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لايحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى الى ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تفيد المقدمات المذكورة ههنا شيأ فى دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لايخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح فى عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلى انتهى (أقول) ليس هذا بتام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا فى عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى الى قولهم فى تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بان يقول العبد كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا فى ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لايستدعى عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل لامعنى له يظهر ذلك كله بالتامل الصادق (قوله فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه) هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما انه

حسى والاستناد انما يكون فى التصرفات الشرعية قلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف الى المنوب وهذه الاضافة شرعية ألا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل ان يصيب ثم أصاب صار ملكا له وورث عنه والميت ليس باهل للملك ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا ههنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك ثم حكمنا بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وأما بان تقام التركة الموجودة منه فى آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه (قوله باستناد سبب الاداء) أى بسبب هو

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعى الشئ يثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت فى الحال فان أداء خلفه كأدائه فيستند الى ماقبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثانى من الترديد واضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لا نفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسبابا عندنا فى الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ماقبل الموت فتأمل مراجعا الى شرح الاتقانى ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم فى الزمان المتأخر ويرجع القهقرى حتى يحكم بثبوته فى الزمان المتقدم كذا فى التوضيح فى فصل المأمور به نوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ماقبل الموت) أقول ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر والحق أن تجعل اضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفع لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مالكية اليد فاتت بفوته اذ لا مالكية للميت فلا فائدة فى التعرض أو جعله باقيا حكما مشترك كما لا يخفى والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل فى النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة الخ) الولد المولود فى الكتابة يسعى فى كتابة أبيه على نجومه ان كان مفلسا بالاتفاق لدخوله فى كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء كما لو ترك وفاء وأما الولد المشترى فكالمولود فى الكتابة عندهما وقال أبو

حنيفة رحمه الله قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا هما اعتبراه بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له فى أكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ماذكره فى الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل فى كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته فى ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيرا أو كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته فى تلك الحالة يعنى آخر جزء من أجزاء حياته على مامر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبى حنيفة وأما عندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولابى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد

يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا فى حق بقاء التركة على ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفى حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا فى الثلث وكما قدرنا المولى حيا ومالكا ومعتقا فى فصل موت المولى وثانيهما أنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت ويجعل أداء خلفه كادائه بنفسه هذا زبدة مافى شروح هذا الكتاب وغيرها فى هذا المقام ثم أقول من العجائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو فى أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال فى شرحه فى اثناء تقرير تعليل أئمتنا فى هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت وقال فى حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال أو تستند فقد أخطأ اه وفسر القائل فى حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر فى شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المستقلين فى اثبات قول أئمتنا فى مسئلتنا هذه فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معاوضة فخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وأنه لا محذور فى اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل فى كتابة أبيه وقد مر فى أول فصل من باب مايجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده باداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثانى فلان عتق الولد المشترى عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الاداء (قوله لان الولد داخل فى كتابته) هذه النكتة تقتضى ان لا يعتق الولد المشترى الا أن عتقه لمعنى آخر وهو ان مقصود المكاتب أن يعتق بجميع أجزائه فلذلك يعتق باداء الحال تحقيقا لمقصود العاقد بقدر الامكان (قوله بخلاف سائر أكسابه) فان المولى لا تصرف له فى أكساب المكاتب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب (قوله وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) ورثه أى ابنه وقيد بقوله كتابة واحدة احترازا عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لان الولدان كان منفردا بكتابة فاداه ان

قال المصنف (ولا يسرى حكمه اليه) أقول فيه بحث

قال و(ان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) ذكر هذه المسئلة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتهما مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالى الام أما بقاء الكتابة فلماله من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدى البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء فى الحال وأما أن الولاء لموالى الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء فى جانب أبيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به أى بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل مايقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة

فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل مايقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض (قوله وان اختصم موالى الام الخ) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالى الاب وموالى الام فقال موالى الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالى الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بالولاء لموالى الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف فى الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا

ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته فى تلك الحالة على مامر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف فى الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على

الكافى حيث قال وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين والا لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص علية بيان الفرق بذكرهاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين خفى فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليته بذكرهما قلنا خفاء الفرق أيضا متحقق فى كثير من المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما الذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسئلتين ظاهر غنى عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع فى الهداية وهاتان المسئلتان أنفسهما مذكورتان فى البداية أيضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما فى أنفسهما ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما فى سائر المسائل (قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا) قال صاحب العناية فى

بعد الموت قبل قضاء مكاتبه أو بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق من وقت أداء البدل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة فى حقه ههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبدا عند موت أبيه فلهذا لا يرثه (قوله وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد) لاتحاد عقد الكتابة وهذا لان الكتابة لما كانت واحدة ونجومها واحدة فانهما يعتقان معا ان أديا ويردان معا فى الرق ان لم يؤديا وقد عتق العبد فى آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق الابن معه فى تلك الحالة فيرثه لذلك (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة) أى معتقة وترك دينا وفاء بكتابته قيد بالدين لانه لو ترك عينا لا يتأتى القضاء بالالحاق بالام اذ يمكن الوفاء فى الحال (قوله وان اختصم موالى الام) يعنى اختصموا بعد موت الولد فى ارثه بالولاء قبل أداء بدل الكتابة فقضى القاضى بالولاء لقوم الام يكون قضاء بعجز المكاتب وموته عبدا لان من ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبدا لانه لو مات حرا لا يجر الولاء اليه من قوم الام (قوله لان هذا الاختلاف فى الولاء مقصود)

واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا أى بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما

(قوله ذكر هذه المسئلة والتى بعدها) أقول وهى قوله وان اختصم موالى الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء) أقول أى على مذهبنا (قوله مات رقيقا الى قوله مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه) أقول الضمير المستتر فى مات رقيقا والمستتر فى مات حرا راجعان الى الاب والضمير فى قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا اختلاف فى الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه فاختصامهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال يتصور الولاء لمولى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا يستقيم قوله وذلك

مر فيه فما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جر الولاء لما تقدم فى المسئلة الاولى أن ذلك
جزء اللازم والشئ ينتفى بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان

موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية

حل هذا الحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض اه كلامه (أقول) فى تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من الملزوم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالى الام يتحقق فى صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق فى صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالى الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ فى صورة القضاء بالعجز ينتفى هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به فى المسئلة الآتية ولكن بقى ههنا شئ وهو ان لمانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتامل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين فى

احترازا عن المسئلة الاولى فان القضاء بالارش على قوم الام لا يكون قضاء لهم بالولاء الذى يبتنى على بقاء الكتابة فى الاب وانتقاضها ولا يكون القضاء بالارش على قوم الام منافيا لبقاء الكتابة فى الاب بل هذا يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على احتمال أن يعتق الاب فينتقل الولاء وموجب الجناية الى قوم الاب فلا يكون القضاء بالارش على قوم الام قضاء بفسخ الكتابة ولان القضاء بالارش عليهم قد يكون بجهة أخرى غير الولاء كالكفالة ونحوها فلم يكن قضاء بموت الاب عبدا وفى المسئلة الثانية الاختلاف وقع فى الولاء مقصودا وذا يبتنى على قيام الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة فانها لو لم تنفسخ وخرج من الدين وأديت الكتابة ترجع عاقلة الاب بالميراث على عاقلة الام فينتقض القضاء بالميراث فقلنا بانفساخها صيانة للقضاء عن النقض (قوله هذا فصل مجتهد فيه) فان الاختلاف بين موالى الاب وموالى الام فى الحقيقة راجع الى قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء فموالى الام زعموا أنه مات عبدا وانفسخت الكتابة بموته وصار ولاء الولد لنا لا يتحول عنا وهو قول بعض الصحابة وموالى الاب زعموا أن الكتابة لم تنفسخ بموته عن وفاء فيؤدى الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء الينا وهو قول بعض الصحابة فاذا قضى القاضى بالولاء لموالى الام كان قضاء فى فصل مجتهد فيه فنفذ بالاجماع وصيانة قضاء متفق عليه أولى من ابقاء كتابة اختلف الصحابة فى بقائها هذا اذا مات المكاتب عن وفاء وأما اذا مات لا عن وفاء قال بعضهم ينفسخ حتى لو تطوع انسان ببدل الكتابة لا يقبل منه وقيل خلافه (قوله لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق) فان قيل ان

وفى صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بان صيانة القضاء أولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة فى نفاذها قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه الخ) اذا كان المكاتب أخذ من الزكوات شيأ وعجز فاما أن عجز بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريرة رضى الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهى مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هى لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشمى فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثانى

يعنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله فى المعلل ظاهرا فانه جعل احتمال جر الولاء لازما فى المدعى وجزء اللازم فى الدليل وتوجيهه غير خفى كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ
ولهذا أوجب نقض الاجارة فى المكاتب اذا آجر أمته ظئرا ثم عجز وكذا عند أبى يوسف

فى حديث بريرة رضى الله عنها هى لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح للغنى والهاشمى لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبى يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده

الشريعة كذا فى الكافى وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف فى ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين اه وقصد الشارح العينى دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثانى دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشئ فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر أن الثانى أقوى من الاول فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثانى دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له فى الثانى بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب فى دفع ذلك أن يقال ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضى التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو فى حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك فى حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا اه ورد عليه الشارح العينى بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول) هذا أيضا كلام لغو اذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافى تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف فى كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرح به والصواب فى الرد عليه ههنا أن يقال هذا الذى ذكره فى المآل عين الجواب الذى اختاره جمهور الشراح وأورد هو النظر عليه مع ما فى ذلك الجواب من المزية وهى الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بان ملك الرقبة مغلوب فى مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهى التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهى البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه وادعاء انه أولى من ذلك (قوله لانه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى فعل الآخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى ينبغى أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما

ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه من التصرف فى ملكه وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى اذ المكاتب هو الذى يتصرف فيه تصرف الاملاك الا المولى ثم بالعجز ينقلب الامر وليس هو الا تبدل الملك للمولى (قوله فى حديث بريرة رضى الله عنها) فانها أهدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أخذت من الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام هى لها صدقة ولنا هدية (قوله وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر) لان العجز عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز فالمولى

رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك فى أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس فى نفس الصدقة والا لما فارقها أصلا وانما الخبث فى فعل الآخذ لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغنى بلا حاجة ولا للهاشمى لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى فى يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول أبى يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك فى أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فانى يتحقق تبدل الملك وأجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب أن يمنع المولى

عن التصرف فى ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للمولى

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته) أقول فعلى هذا لو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى ينبغى أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس فى نفس الصدقة) أقول تعليل لقوله وكذا عند أبى يوسف

وفيه نظر لانا لانسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز) اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختار الفداء ويجب عليه قيمته أما الاول فلعدم علمه بالجناية وأما الثانى فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والاداء والفداء لان هذا أى أحد هذين الامرين موجب جناية العبد فى الاصل والموجب الاصلى لا يترك الا بمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم أما عن الفداء فلما مر من عدم العلم وأما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصلى وكذلك أى وكما مر من عود الحكم الاصلى اذا جنى المكاتب ولم يقض به أى بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به أى بموجب الجناية عليه أى على المكاتب فى كتابته ثم عجز فهو أى ماقضى به من موجبها دين فى ذمته يباع فيه واعلم أن المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى فى الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أرش الجناية ألا ترى أن فى جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن أرش الجناية لانه أحق بكسبهما هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلى وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلى صيانة للقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه أبو يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا أن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عندما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية ولنا القول بالموجب وهو أنا سلمنا أن المانع من الدفع قائم ولكن الكلام فى أنه قابل للزوال أولا ولا شك ولنا

قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا أن الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلى (وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف اليه وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد

لا يخفى اهـ (أقول) ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان فى يده وملكه فقد تحقق فى حقهما هناك سبب الخبث اذ لا مرية فى ايراث الخبث بين أخذ من واحد

علك اكسابه ملكا مبتدأ حتى لو آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز تبطل الاجارة عند محمد رحمه الله لان الهاعن ملك الآجر وكذلك عند أبى يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان للمولى فى كسب المكاتب نوع ملك وبالعجز يتقرر ذلك ويتأكد الا أنه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى أخذها لكونه اذلالا مع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامة لان بالصدقة تسقط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق فى حق سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلهذا حل للفقير ولا يحل للهاشمى وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره والاخذ لم يوجد من المولى وعلى هذا اذا استغنى الفقير وفى يده شئ من الصدقة أو وصل ابن السبيل الى وطنه وفى يده فضل من الصدقة أو عتق المكاتب وفى يده شئ من الصدقة يطيب لهم وفى الاوضح ما بقى فى يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عند أبى يوسف رحمه الله لانه لم يتجدد الملك للمولى عنده (قوله وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) أى فانه يدفع أو يفدى (قوله وان قضى به عليه فى كتابته) أى ان قضى بموجب الجناية على المكاتب فى حال كتابته فهو دين أى قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب

(قوله وفيه نظر لانا لانسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله حلالا طيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبدل كما فى ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثله أولى (قوله ولعل الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليتأمل (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته) أقول أى اذا كان قيمته أقل من أرش الجناية والا فالواجب عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ثم اعلم ان الضمير فى قوله عليه راجع الى المولى (قوله وكذلك أى وكما مر من عود الحكم الاصلى) أقول والاولى أن يجعل الاشارة الى ماذكر من المسئلة والتشبيه فى عود الحكم الاصلى (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ماقاله آنفا ان الموجب الاصلى أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم أن قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

فى قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه فى الدليل قلنا ظهوره فان التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب فى الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهى سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كى لا يؤدى موته الى ابطال حق غيره ويقال له أد المال الى ورثة المولى على نجومه أى مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتبه فان المكاتب يؤدى ثلثى القيمة حالا أو يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه فى الاستيفاء لا يسمى تغييرا فى عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغييرا فكذلك دين الكتابة (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقوه جميعا عتق) استحسانا ووجه القياس ماذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه (واذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت فى المكاتب بابراء بعض البدل أو أدائه لا فى بعضه ولا فى كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شئ واذا لم يمكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى فلا وجه لابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كى لا يؤدى الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أد المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى الا أنه اذا أعتقه أحد الورثة

وأخذ من آخر او وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان أكسابه ملك مولاه عند أبى يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه فى يده على حاله كما يرشد اليه تشبيههما بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما فى يده فبالعجز انتقل ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضرورى والاخذ فعل اختيارى فلا يعد ذلك أخذا ولو سلم أن يعد ذلك أخذا فاللازم فيما نحن فيه عند أبى يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذى كان سببا للخبث انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغنى أو الهاشمى فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم

(قوله ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد) أى لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال فى الحال أى من الرقبة الى القيمة فيتوقف على القضاء أو الرضا وحاصله ان جناية المكاتب عندنا لا تصير مالا الا بقضاء أو رضا أو بالموت عن وفاء وعند زفر رحمه الله تصير مالا فى الحال له ان المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة أوجب ان يصير موجبه القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وأم الولد ولنا ان الاصل فى جنايات العبيد وجوب الدفع الا أن يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك والمانع هنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء أو الرضا (قوله وسبب حق المرء حقه) أى الكتابة سبب الحرية والحرية حقه وسبب حق المرء حقه فتكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر (قوله الا أن الورثة يخلفونه) أى بهذا القدر ولا يتغير الحق كما اذا كان له دين على الرجل ومات رب الدين فورثته يخلفونه بالاستيفاء ويبرأ بالاداء اليهم حيث يبرأ اذا أدى الى المورث (قوله ولا يصير ابراء عن نصيبه) لانه لم يوجد الابراء نصا وانما جعلنا اعتاق الكل ابراء عن البدل اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم فانهم لا يملكون اعتاق المكاتب الا فى ضمن ابرائه عن كل بدل الكتابة ومن ضرورته ثبوت العتق

لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بابراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله أعلم

(كتاب الولاء)

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة

يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فاوجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ للمانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا فمن أين يثبت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد وكان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء أو الرضا

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية (أقول) فيه فتور أما أولا فلأن الظاهر أن الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن أن المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب

بخلاف ما أعتقه أحد الورثة فانا لو جعلناه ابراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك ثبوت العتق لا في كله ولا في جزئه فالحاصل ان المقتضى ما لم يكن مذكورا يقدر مذكورا لتصحيح المذكور شرعا كاعتاق جميع الورثة للمكاتب أمكن تصحيحه بثبوت الابراء عن جميع بدل الكتابة اذ هو حقهم وقد جرى فيه الارث وان كانوا لا يملكون رقبة المكاتب ارثا بطريق اقتضاء فاثبتنا المقتضى لتصحيح المقتضي فاما لبراءة عن بعض بدل الكتابة لا تكون مصححا للعتق اذ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا تثبت البراءة عن بدل الكتابة باعتاق بعض الورثة لا تنصيصا ولا اقتضاء

(كتاب الولاء)

هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء أي قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب أي وصلة كوصلة النسب (قوله الولاء نوعان) أي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع وهو الذي يقع

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال (الولاء نوعان) يتنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول (ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة) اقتفاء بقوله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي بالاعتاق وهو زيد (وسببه العتق على ملكه في الصحيح)

(كتاب الولاء)

كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه (أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن يجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب أي وصلة كوصلة النسب اه فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا أنه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه وقال في التبيين هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له) انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هناك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ألا ترى أنه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد ان الولاء له بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبدة ما في جلة الشروح ههنا وقال في البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه طوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو يجري مجرى الصريح أو كناية أو يجري مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا في حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فليتامل في الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي اه (أقول) فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المعتبر في مفهومهما الشرعي على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان أو شرعيا لقال ومعناهما التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما

به التناصر نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة قال الله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه

وقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا أولى لعمومه والثاني ولاء موالاة وسببه العقد على ما سنذكر (قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة) بيان لسبب النوعين فان كلا منهما يضاف الى شئ والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله (والمعنى فيهما التناصر) بيان مفهومهما الشرعي (قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمناطاة (و) قد (قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم

(قوله استدلالا بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ويجئ جواب استدلالهم بعد سطور (قوله فجعل العتق سببا أولى لعمومه) أقول الاصوب تبديل الاولى بالصواب (قوله بيان لسبب النوعين) أقول أي لسببية سببهما

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد

التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب أن وجه الاستدلال ههنا وأن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولام الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي أصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي ألا يرى أن الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره لدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر أن الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وأيضا قد استدل على أن من ينتصر بشخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق

أي أنعم الله بالاسلام فانعمت عليه بالعتق وسببه العتق على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سبب هذا الولاء اعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا والاصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق كذا في المبسوط (قوله وقد أحياه معنى) لان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي ألا يرى الى قوله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أي كافرا فهديناه فكان في معنى الولاد من حيث ان سبب حياة الولد انما هو الوالد فيرثه كهو فان قيل ينبغي ان يرث المعتق من المولى

منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال (واذا أعتق المولى مملوكه الخ) اذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق وقوله (ولان التناصر به) أي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من

قوله ووجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خبير بان المراد من قوله اذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تأمل

ولان

الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما رويناه وماتت معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولاؤهم له) لانه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا

وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلافيه بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا أخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه أما أولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من أن الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلانه جعل قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أنا لو جعلنا قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكأنه قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله لما رويناه معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هنالك ونظائر هذا أكثر من ان تحصى (قوله واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه

أيضا اذا لم يترك المولى عصبة نسبية كما هو قول الحسن بن زياد رحمه الله قلنا المعتق أجنبي عنه وقضاء في المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره (قوله وان شرط انه سائبة) عبد سائبة أي لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب أي جرى وذهب كل مذهبه أي أعتق رجل عبده وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل (قوله واذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى) لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يورث وكذلك المدبر لا يورث فيعتق على ملكه أيضا (قوله لانه عتق على معتق الام مقصودا) وانما قلنا أنه صار

أنه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم فقوله (ولان الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) يعني ان ولاء معتقها لها لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما) معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روي أن بنت حمزة رضي الله عنهما أعتقت غلاما لها فمات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط يخالف النص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء وبين مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لامه ثم أعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاؤهما له فان أعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا كالمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

وإذا أعتقت الام وهى حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لاقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب
وجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فان كان
الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان
قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق أجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء
مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لموالى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء فان عتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب يكون

فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما رويناه (وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالى الام) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا فى الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث

عنه عملا بما رويناو قال الشراح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا اه (أقول) يرى المخالفة بين ماذكروا ههنا وبين ماذكره المصنف فى كتاب العتاق فانه قال هنالك وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها اه والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتأمل فى التوفيق (قوله فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) قال فى الكافى فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول فى الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه فى الارث لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم عليه اه وذكر فى غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبى نصر (أقول) فى الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه فى الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال فى العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يروعن أحد أن يرث موالى الام بالولاء فى حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية

معتقا مقصودا لان الجنين هو جزء الام والمولى أوقع العتق على جميع أجزائها مقصودا فيكون معتقا للجنين الذى هو جزؤها مقصودا أيضا كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله (قوله أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) أى بيوم مثلا والآخر بعدها (قوله لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا) بخلاف ولاء العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصودا لا يمكن ان يجعل تابعا لغيره فى الولاء عليه (قوله لان تمامه بالايجاب والقبول) وهو ليس بمحل له فكان تابعا فى الولاء فيجعل تابعا للاب لان الاب هو الاصل فى الولاء لكونه بمنزلة النسب (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين) وفى بعض النسخ لاكثر من سنتين والصحيح من الرواية لاقل من سنتين

(قوله واذا أعتقت الام وهى حامل) أقول أى ظاهرة الحمل كما يشير اليه قوله فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما فى هذا التعليل من عدم المطابقة للمعلل فالظاهر أن يقول فولاؤه لموالى الام تبعا حتى تحصل المطابقة (قوله ونوقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقض على قوله اذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق يعتق الحمل تبعا ويجر الاب ولاءه فانه اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فاجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

يكون الولد مولى لموالى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفى الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا) لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون

قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعنى اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجر ولاء ابنه من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب الاهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقا بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء أولا لموالى الام ثم انتقل الى موالى الاب بصيرورته أهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام فى صورة ان أعتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق فى الميت فلا يتصور فى هاتيك الصورة العود أصلا فلا يتوهم بها النقض رأسا على قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه فلا يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة أصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهى ما اذا أعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هنالك أن يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة

أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعى ففى البائن مثل ما كان وأما فى الرجعى فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا وقد مر فى كتاب الطلاق ان المعتدة عن طلاق رجعى اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقننا بالعلوق بعد الطلاق فان جاءت بولد لاقل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لانه لو حمل على وطئه فى العدة يصير مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا والمراجعة لم تكن فلا يثبت بالشك (قوله وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت) صورته فى فصل الموت ان كان مكاتبا مات عن وفاء أو ولد مولود فى الكتابة وفى الكافى وما وقع فى نسخ الهداية فجاءت بالولد لاكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر فى شرح الطحاوى لاقل من سنتين وعليه يدل التعليل المذكور فيها فالظاهر أنه وقع من المكاتب (قوله وكانوا مجبورين على ذلك) أى قوم الام كانوا مجبورين

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأموالهم لهم لا لذوى أرحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شئ في وجود معتق الام وعصبته

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب

النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الاولى أيضا بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فادى الى تأخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضا اذ قد مر في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره أيضا وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا أن اللازم فيما صوره أيضا اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم الا أن يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته و يعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض فتأمل (قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى) لانه لا يملك شيأ ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أومن كان ميتا فاحييناه أى كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا أب له فينسب الى موالى الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولد في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر أن الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو أبعد منه عند أئمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا أن يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا أهلية له لرقه كما مر فلم تحصل الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب

على أداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذلك يرجعون (قوله ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب) العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحا كذا في المغرب وصورة المسئلة ان الحر العجمي الذي ليس بمعتق لاحد سواء كان له ولاء موالاة لاحد أو لم يكن كذا في الزاد شرح الاقطع وفي الفوائد الظهيرية هذه المسئلة على وجوه ان زوجت نفسها من عربي فولاء الاولاد لقوم الاب في قولهم لان الشرف بانساب العرب أقوى وان زوجت نفسها من أعجمي له آباء في الاسلام فولاء الاولاد لقوم الاب عند أبي يوسف رحمه الله بلا ريب وعلى قولهما اختلف المشايخ حكى عن أبي بكر الاعمش وأبي بكر الصفار رحمهما الله أنه لقوم الاب وقال غيرهما لقوم الام وان زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب والى أحدا ثمة أو لم يوال فهي مسئلة الكتاب وان زوجت نفسها من عبد أو مكاتب فولاء الولد لموالى الام اجماعا الا اذا عتق العبد فيجر الولاء (قوله ولاء العتاقة قوى معتبر) وفي المبسوط ولاء العتاقة معتبر في حل الاحكام من حيث الكفاءة

وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوى أرحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالى أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يستوى الاب الحر والعبد وليس كذلك أجاب بان العبد هالك معنى لانه لا يملك شيأ ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أومن كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب الى موالى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة و يعتبرونها في الكفاءة فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفؤا لمن له أبوان في ذلك

(قوله لا لذوى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعني الرق (قوله والقوى
حتى اذا نسبت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث

قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب (قوله كالمولود بين واحد من الموالى) يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانهم ينسبون الى قوم أبيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله (وان كان الابوان) أى الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (ف) قد

والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالى أمهم وقال أبو يوسف مواليهم موالى أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لان النصرة به أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه

والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول لقائل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يكون موالى الام في هذه

ومن حيث أنه يقدم على ذوى الارحام ومن حيث انه لا يقبل الفسخ بعد الوقوع وفي الموالاة انعكس هذه الاحكام وهذا الفقه وهو ان الحرية والنسب في حق العجم ضعيف بدليل ان حريتهم تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكذا العجم ضيعوا أنسابهم ألا يرى ان تفاخرهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام فاذا ثبت الضعف في جانب الاب كان هو والعبد سواء (قوله نبطي كافر تزوج بمعتقة) نبطي جيل من العراق كذا في المغرب والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية لتصور هذه المسئلة اذ المسلمة لا تكون تحت الكافر بعقد النكاح وغير الكتابية من الكفار لا يجوز ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج كذا ذكره الجبارى رحمه الله في فوائده (قوله فصار كالمولود بين واحد من الموالى و بين العربية لم تجر عليها نعمة عتاق) ومعنى هذا ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الى قومها بالولاء والنسبة بالولاء قرابة معتبرة شرعا واذا كانت عربية فلو انتسب الولد الى قومها انما ينتسب بالنسب والانتساب بالنسب الى الام ضعيف جدا فكذلك بواسطة الام الى أبيها حتى تستحق العصوبة بمثل هذا النسب كذا في المبسوط (قوله هو أخوك) أى في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم (قوله فان شكرك) أى بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانك ابتدأت الى ما ندب اليه في الشرع قال عليه السلام من أسديت اليه نعمة فليشكرها (قوله وشر لك) لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة (قوله وان كفرك فهو خير لك) لانه يبقى ثواب عملك كله لك في الآخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله (قوله تقدم على ذوى الارحام) لان النبي صلى الله عليه وسلم قدمه على الرد حيث

أجمعوا أن (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به أى بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنعك فهو خير له لانه انتدب الى ما ندب اليه وشر لك لانه أوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فتنتقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله في الآخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث) هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي يأخذ ما أبقته الفرائض (واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عصبة وارث عصبة استدلالا باشارة

(قوله وانما قال ذلك) أقول يعني وانما قال المصنف ذلك (قوله التعصيب هو جعل الانسان عصبة الخ) أقول والظاهر أن المصدر ههنا بمعنى الفاعل

الحديث كما قلنا فى بيان قوله كنت أنت عصبته او بالحديث الثانى أى بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوى الارحام (وان لم يكن له) أى للمعتق (عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله) أى تاويل قول القدورى (اذا لم يكن هنالك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقى بعد فرضه) وذكروا لهذه الجملة تاويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهى العصوبة اما اذا كان فله أى فلمثل هذا الوارث الباقى بالعصوبة وليس للمعتق شئ والثانى ان معناه ذو حال واحد كالبنت أما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقى بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثانى أوجه لانه علل قوله فله الباقى بعد فرضه بقوله (لانه عصبة على ماروينا) وهو اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا

كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لانه عصبة يعنى انما كان عصبة (لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أى القبيلة وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على مامر فى أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعصبة تاخذ مابقى) تمام الدليل وتقريره فله الباقى لانه عصبة والعصبة تاخذ الباقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته) لما ذكره فى الكتاب وقوله (قدمناها) اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر الى أن قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق فى النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة (قوله ولان ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء لمن أعتق أو أعتق من أعتقن وتقريره ثبوت المالكية والقوة فى المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شئ ينسب اليه لانه عليته اذ الشئ ينسب الى علته فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاها به لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفى ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكته وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث

وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبة دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) تاويله اذا لم يكن هنالك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة على ماروينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على مامر والعصبة تاخذ مابقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى آخره أو جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة فى العتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة

الصورة مقدمين فى الارث على العصبات النسبية لاولادها بل على أصحاب الفرائض ايضا اذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب فى حق العجم ضعيفا لا يصلح أن

ورث ابنة حمزة ومارد الباقى على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الارحام (قوله بدليل الحديث الثانى) وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق (قوله تأويله يعنى) تأويل قوله فميراثه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب ولا صاحب فرض ذى حال أى له حال فرض لا غير أما اذا كان صاحب فرض له حال تعصيب أيضا لا شئ للمعتق ولو كان صاحب فرض فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة (قوله لبيت النسبة) أى لقبيلة هو منسوب اليها (قوله وصورة الجر قدمناها) وهى ما ذكر من قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر الى أن قال جر الاب ولاء ابنه وصورة جر ولاء معتقهن تزوج عبد امرأة باذنها معتقة قوم فولدت منه أولادا فولاء الولد يكون لموالى الام فلو أن المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد الى نفسه وجرت هى ذلك الى نفسها وصورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا وأعتقته ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثانى تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولدا فولاء الولد لموالى الام فلو أن المعتق أعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده ثم جر المعتق الاول ذلك الى نفسه ثم جرت المرأة ذلك الى نفسها (قوله بخلاف النسب) أى لا ينسب الولد الى الام يعنى ان ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبة بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش وصاحب الفراش هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة فلا يعارض المالك فى استحقاق النسب أما الرجل والمرأة فى نسبة العتق على السواء (قوله لان الولاء لا يورث) أى لا يجرى فى الولاء الارث لانه لو كان استحقاق المال فيه بالارث لكان للذكر مثل حظ الانثيين كما فى سائر

(قوله وكل من ثبت من جهته شئ ينسب اليه لانه عليته) أقول المستتر فى قوله ينسب راجع الى قوله شئ والضمير فى قوله اليه وفى قوله لانه راجعان الى من والضمير فى قوله عليته راجع الى قوله

حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول أبى يوسف أولا ثم رجع فقال لابيها السدس والباقى للابن لان الابوة تستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عند ميراثها فكذا عن ميراث معتقها ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته فى ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه أبا أبيه وأخاه لاب وأم أو لاب كان ميراثه للجد عند

أبى حنيفة رضى الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده أقرب فى العصوبة ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب فى العصوبة الا أن عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو ترك المولى ابنا وابنى ابن آخر فميراث المعتق للابن دون ابنى الابن لان الولاء للكبر هو المروى عن عدة من الصحابة عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم ومعنى الكبر القرب فى العصوبة لا فى السن على ما قالوا ألا ترى أن المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما فى القرب الى الميت من حيث النسب والصلبى أقرب فيستحق الجميع

(فصل فى ولاء الموالاة)

أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا

به حتى لو ترك المولى أباوابنا فالولاء للابن عند أبى حنيفة ومحمد لانه أقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبى حنيفة لانه أقرب فى العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا الا أن عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بنى الابن لان الولاء للكبر) هو المروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبى أقرب

(فصل فى ولاء الموالاة)

يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم فى الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالى العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب فى حق العجم مع أن المسئلة فى الارث ليست كذلك اذ قد تقرر فى كتب الفرائض وسيجئ فى نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقا مؤخرون فى الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوى الارحام فليتأمل فى التوجيه

(فصل فى ولاء الموالاة) أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة قوى لانه غير قابل للتحول والانتقال فى جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد فى ولاء العتاقة الاحياء الحكمى ولا يوجد فى ولاء الموالاة احياء أصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه فى أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوى الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبى لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه أخذ الشافعى ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم فى صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر فى الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذى أسلم على يده أو لغيره واليتك على أنى ان مت فميراثى لك وان جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال فى العناية والنهاية وله ثلاث

المواريث ولكن يجرى فيه الخلافة والخلافة انما تتحقق لمن يتحقق به النصرة والنصرة انما تكون بالابن دون الابنة ألا ترى ان النساء لا يدخلن فى العاقلة عند تحمل الارش لعدم النصرة منهن وعن شريح رحمه الله أنه يورث كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصيب وبه قال الشافعى رحمه الله وفائدته تظهر ان ميراث المعتق بالولاء ولانه للذكر أثر من آثار الملك فكأنه يزول بالعتق بعض الملك ويبقى بعضه ولكنه ضعيف لان النبى عليه السلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب ولان ثبوت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية فى المعتق ونفى مملوكيته عنه فكيف يكون الولاء جزأ من الملك كذا فى المبسوط (قوله حتى يرثه دون أخيها لما ذكرناه) أى أنه أقرب فى العصوبة الا أن جناية المعتق على أخيها لان الميراث بالعصوبة والابن أقرب العصبات فاما عاقلة المعتق قبيلة مولاه وأخوها من قبيلتها لانه من قوم أبيها فاما ابنها فليس من قوم أبيها (قوله لان الولاء للكبر) أى لاكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا كذا فى المغرب

(فصل فى ولاء الموالاة) صورته ان يقول مجهول النسب للذى أسلم على يديه أو لغيره واليتك على انى ان

شئ (قوله وصورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب فى رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الاب) أقول فضلا أن يكون أقرب العصبات (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعنى مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول *(فصل فى ولاء الموالاة)*

قال (واذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به

شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أولا فلأن الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالي مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربيا الا أن يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما وأما ثانيا فلأنه ان أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه أيضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعد منها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج الى الجواب عنه أصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شئ من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز

مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه يكون القابل مولى له يرثه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى وله شرائط منها ان يكون من غير العرب لان العربي له نصرة بنفسه أي قبيلته وذلك آكد من نصرة الموالاة ومنها ان لا يكون معتقا ومنها ان يشترطا الميراث والعقل ومنها ان يكون لم يعقل عنه غيره ومنها الاسلام على يده عند البعض والصحيح ان ذا ليس بشرط (قوله فميراثه للمولى) أي للمولى الاعلى واذا مات الاسفل والاعلى ميت فميراثه لاقرب الناس عصبة الى الاعلى كما في ولاء العتاقة كذا في الذخيرة وقال الشافعي الموالاة ليس بشئ أي ليس بشئ موجب للارث والعقل (قوله ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم) يعني نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة بدليل ماسبق في ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون كان المراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق ارثا لا على سبيل القرابة والبر ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفا عليه لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المراد بقوله عقدت أيمانكم القسم بل المراد الصفقة فان العادة ان المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما يمين صاحبه اذا عاقده ويسمى العقد صفقة لهذا وذكر في المبسوط البكري ان الله تعالى جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له أو غيره واليتك على أني ان مت فميراثي لك واذا جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى

(قوله وله ثلاث شرائط احداها الخ) أقول صرحوا بان للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بولائه الى غير مولى الاب اذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافقه (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فان الشرط الاول يغني عن هذا (قوله فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته) أقول فيه بحث فان العقل والحرية أيضا يحتاج اليهما في كل واحدة من الصور وأذن الولي والمولى (قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة) أقول أما الصبي فلأنه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضا لا يملك التزام النصرة الا باذن مولاه
(قوله فان موالاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي وموالاة الصبي باطلة وكذا ان والى رجل عبد الا أن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالي الصبي باذن الاب أو الوصي فيكون مولى للصبي اهـ (قوله أجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت المال لضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الارحام) لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

موالاة العبد أصلا بغير اذن مولاه وان أذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال أيضا خللا فان تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل أيضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الاسفل أيضا شرط بل هي أظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه في ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وأيضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في أثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به الى ماذكره القدوري في مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة

مطلقا من غير فصل بين ان يكون للميت وارث آخر أو لم يكن الا أنه نسخ في حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض ولا ناسخ في حق من لا وارث له فبقي داخلا تحت ظاهر الآية (قوله في الحالين هاتين) أي في محياه عقلا وفي مماته ارثا (قوله ولا بد من شرط العقل والارث) لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك يتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يرث الاعلى من الاسفل لان سببه الاحياء وذا وجد من الاعلى في حق الاسفل لا من الاسفل في حق الاعلى وهنا السبب هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط يثبت الحكم (قوله لان تناصرهم بالقبائل) فان قيل ان التناصر حكمة وهي لا تراعى في كل فرد وانما تراعى في الجنس كما في الاستبراء فان الحكمة فيه فراغ الرحم وانما تعتبر في الجملة لا في كل فرد حتى لا يجب الاستبراء فيمن اشترى من امرأة أو اشترى أمة صغيرة قلنا التناصر علة لا حكمة فان قيل العلة لا بد ان تكون موجودة والتناصر قد يوجد وقد

تفسير خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كان من ذوي الارحام) فانه أورد عليه بانه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف وأجيب بانه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول أشار به الى ماذكره القدوري قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعترض الاتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ولا يخفى على المتامل دفع اعتراضه

الا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الأسفل مع غيره

سلمنا أن شيأ مما ذكره لايدل على عدم اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة أما مانقله عن الكافى للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هنالك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه فى قوله اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف فى تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لاينافى كون ذكرهما فى العقد شرطا لصحة العقد كما لايخفى وأما قول القدورى فى مختصره وأسلم على يد غيره ووالاه فلانه لاشك أن مراد القدورى بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب التحفة فلأن محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاى فقط لابدل مجموع قوله أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة أن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لايدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون الموالى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربى وغير ذلك مع أنهم لم يصرحوا بشئ من ذلك عند تفسير عقد الموالات وبيان صورته (قوله الا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل فى حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ماس فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفى تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لامحالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلاعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا فى الشروح وقال فى النهاية وهذا الوجه هو الذى اختاره فى المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكأنه اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الالزام فى كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما فى فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر فى صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذى يكرهه ولا يقدر على دفعه لايجدى شيأ فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا أن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين فى صورة العزل عن الوكالة الا أنه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه مافيه فتأمل وثانيهما ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى يجب

لا بوجد قلنا التناصر يكون موجودا الحاله تحقيقا أو تقديرا القيام سببه (قوله الا أنه فى هذا) أى فى فسخ عقد الموالاة (قوله كما فى عزل الوكيل قصدا) أى عزل الوكيل قد لايجوز بدون علمه ويجوز ضمنا فكذا المولى الاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من الاول فى ضمن عقد الولاء مع غيره ولكن ليس للاعلى والاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصدا كما لايكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصدا فان قيل فلما ذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبا فسخ العقد الاول قلنا لان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور

أو بحلان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا فى كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف فى ثبوته شرعا ولايظهر الضعيف فى مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب فى شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة فى المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الابطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه وخلاقوله (الا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل) فانه أورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل فى

(قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الاحكام كحرمة المصاهرة ووجوب النفقة فى مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الاحكام (قوله فانها خلافة فى المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة (قوله وخلاقوله الا أنه الخ) أقول معطوف

حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على مامر فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل وأجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفى تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام شئ على الآخر من غير علمه به نفسه ضرر لامحالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلاقوله (لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لايصح وحكما يصح كما لو أعتق العبد الذى وكله ببيعه فانه أورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة فسخ

بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضى ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض فى الهبة وكذا لايتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لانهم فى حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه لايظهر الأدنى

(كتاب الاكراه)

العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة (أقول هذا الوجه فى الجواب هو الصواب لان حاصله أن فى الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفى الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول كذا فى عامة الشروح والكافى وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) فى الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا والثانى ان قياس الولاء على النسب يقتضى أن لا يصح عقد الولاء مع الثانى بعد أن يصح مع الاول اذ النسب لايتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغى أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثانى على بطلان عقده مع الاول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بان المراد أن النسب مادام ثابتا من انسان أولا لايتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما اذا ادعياه معا وأما اذا ادعاه أحدهما أولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثانى كما فصل فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثانى بان القياس فى مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين فى حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لافى عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموافق

(كتاب الاكراه)

ثبوته من غيره فكذا الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول (قوله وكذا لايتحول ولده) أى لايتحول ولده الى غيره بعد الكبر لان ولاء الاب تأكد بعقل الجناية وتأكد التبع بتأكد الاصل فكما ليس للاب ان يتحول عنه بعد ما عقل جنايته فكذا ليس لولده اذا كبر والله أعلم بالصواب

(كتاب الاكراه)

العقد الاول وأجيب بان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله فى النهاية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب الاكراه)

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة أكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حكمه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا أن يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو فى اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا أى حملته على أمر يكرهه وفى اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفى به رضاه

وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعى الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لابد من تقدير لافى أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

على قوله خلافى قوله وكلامه فى الفصل واضح لايحتاج الى تفسير خلاقوله وان كان له وارث (قوله وخلاقوله لانه فسخ حكمى) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلافيما سبق *(كتاب الاكراه)* (قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول فيكون فى قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفى عدم الرضا) أقول فيه مالايخفى الا أن يقال الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفى به رضاه اذ لولاه لم تصح المقابلة وفيه مافيه (قوله لكن لابد من تقدير لافى أو يفسد به اختياره) أقول لايخفى عليك بعد ماذكر مؤخذة القرينة على

قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ماتوعد به سلطانا كان أولصا) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره

قيل فى مناسبة الوضع لماذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن فى كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذى هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذى هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها فى عامة المواضع ثم ان الاكراه فى اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا اكراها أى حملته على أمر يكرهه وأما فى اصطلاح الفقهاء فقد ذكر فى المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب فان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر فى الايضاح أن الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى فيصير به مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه وذكر فى الوافى أنه عبارة عن تهديد القادر غيره على ماهدده بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضا كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال فى النهاية ولك أن تختار من هذه الثلاث أيها شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجىء مايتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتى فى الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا

هو فى اللغة مصدر أكرهه اذا حمله على أمر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح اسم منه وفى الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه ثم يفسد به اختياره ان كان ملجيا والالا يفسد ولا يزول به أهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء تحقق الخطاب ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وفى المبسوط ثم فى الاكراه يعتبر معنى فى المكره ومعنى فى المكره ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكره به فالمعتبر فى المكره تمكنه من ايقاع ماهدد به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان وفى المكره ان يكون خائفا على نفسه من جهة المكره فى ايقاع ماهدد به عاجلا لانه لايصير ملجأ محمولا طبعا الا بذلك وفيما أكره به ان يكون متلفا أو مزمنا أو متلفا عضوا أو موجبا لما ينعدم الرضا باعتباره وفيما أكره عليه ان يكون المكره ممتنعا عنه قبل الاكراه اما لحقه أو لحق آدمى آخر أو لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم والاصل ان تصرفات المكره قولا منعقدة عندنا الا ان مايحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ ومالا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازم فاذا عرف هذا فنقول اذا أكره على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على ان يقر لرجل بالف أو يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس أى المديد منه ففعل فهو بالخيار ان شاء مضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان الاكراه الملجئ يعدم الرضا والرضا شرط صحة هذه العقود قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض فان قيل الآية وان أثبتت الحرمة بدون الرضا لكن مطلق قوله تعالى أحل الله البيع وحرم الربا يوجب جواز البيع وان انعدم التراضى قلنا البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضى والاصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضا فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند عدمه كما فى قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات قلنا أول الآية لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضى فيبقى غيره فى صدر الكلام توضيحه ان المستثنى لما كانت بصفة التراضى يكون المستثنى منه بخلاف التراضى وهو المكره وهذا كقوله عليه السلام لاتبيعوا الطعام بالطعام الاسواء بسواء وفى المبسوط والحد فى الحبس الذى هو اكراه مايجىء الاغتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه مايجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه

تقديرلا والظاهر أن المراد من قوله ينتفى به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض للقسم الثالث مثل الاكراه بضرب سوط أو حبس يوم على مايجىء لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفى به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ماعدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وأما شرطه وحكمه فيأتى فى أثناء الباب قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ماتوعد به) شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به) سلطانا كان أولصا) وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على مادعى اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ماسيجىء مفصلا ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ماتوعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذى قاله أبوحنيفة رحمه الله ان الاكراه لايتحقق الامن السلطان لما أن المنعة له والقدرة لاتتحقق بدون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فاذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الاقرار بماله أو اجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل مادعى اليه ثم زال الاكراه (فهو بالخيار ان شاء أمضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

قال المصنف (والذى قاله أبوحنيفة ان الاكراه لايتحقق الامن السلطان) أقول الفتوى فى تحقق الاكراه من غير السلطان على قولهما

مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ماتوعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذى قاله أبوحنيفة أن الاكراه لايتحقق الامن السلطان لما أن المنعة له والقدرة لاتتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع مايهدد به وذلك بان يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على مادعى اليه من الفعل قال (واذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بالف أو يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار ان شاء أمضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع) لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

ينتفى به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعى الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور فى تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الالباب وان شئت ماهو التحقيق فى هذا المقام فاستمع لما نتلوه عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور فى عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا و يفسد الاختيار وذلك بان يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب أو بقيد أو بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافى الاهلية ولا الخطاب وأما فخر الاسلام البزدوى فقال فى أصوله الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا و يفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهم بحبس أبيه أو ولده أو مايجرى مجراه والاكراه بجملته لا ينافى أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف فى شرح هذا المقام من أصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه و يدخل فى هذا التعريف الاقسام الثلاثة المذكورة فى الكتاب قال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذى ذكر فى الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف اذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ماذكره المصنف ههنا من معنى الاكراه وماذكره شمس الائمة فى المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الاقسام الثلاثة المذكورة فى أصول فخر الاسلام غير داخل فى هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل فى معنى الاكراه لغة كما أشار اليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم فى معنى الاكراه شرعا عدم ترتب أحكام الاكراه عليه فان الاكراه فى عرف الشرع ماترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا سر ماوقع فى عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان فى الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى ثم ان ماارتكبه صاحب العناية فى تفسير ماذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ماهو الواقع كما عرفت غير صحيح فى نفسه أما أولا فلانه جعل قول المصنف فينتفى به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله

ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولكن ذلك على قدر مايرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا

أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعا وأما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفى عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أى بدون تقدير شئ آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفى عدمه وهو ثبوت الرضا وان أراد انه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا تستلزم نفى عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما فى النوع الغير الملجئ من نوعى الاكراه على ما مر وأما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره وهو أيضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما فى مقام التعريف لا يجدى ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة للاكراه لان نفى فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهى لا تقتضى الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت آنفا فلا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثانى من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفى فساد الاختيار فى مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا فى المقابل فيخرج القسم الثانى من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذى مسكة ان المعنى الذى نسبه الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بان يقول بدل قوله أو يفسد به اختياره أو لا بمعنى أو لا ينتفى به رضاه فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالى عن التمحلات باسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذى نسبه الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تمحلات كثيرة فى افادة ذلك المعنى ولعمرى ان رتبة المصنف بمعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله فينتفى به رضاه أن ينتفى به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما فى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى فكان قوله فينتفى به رضاه اشارة الى أحد نوعى الاكراه وهو غير الملجئ وقوله أو يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجئ فانتظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما فى عامة الكتب (قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفى على الشارح العينى فقال فى تفسير قول المصنف بهذه الاشياء يعنى بالبيع وأخواته ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته فى كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه) أقول يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض أوله فانه قال فى أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه فى هذه الصور أيضا والا لما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغى أن يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط أو حبس يوما أو قيد يوما وقال فى آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح فى عدم تحقق الاكراه فى هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغوى وهو حمل الانسان على أمر يكرهه كما مر ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى هاتيك الصور والذى نفاه فى آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعى الذى تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا أكره للمشاكلة كما فى قوله تعالى تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا

رأى أنه اكراه أبطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد وان أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالى به نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به) فهو اكراه (١) لوجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه كذا فى النسخ التى بأيدينا وصوابه أو يفسد به اختياره اه مصححه

وكذا

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة فى غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا أكره على الاقرار بالف بضرب سوط أو حبس يوم فاقر به فهو اقرار كما فى البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب أى عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس فى ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضى) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط فى فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة فى باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جاز ولزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة) فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالاجازة كهو أجاب بان باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق

كذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل أى يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضى فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال رضى الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان الفساد لفوات الرضا

(قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال فى النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة فى

(قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله لكونه مكلفا فى محله) اذ الكلام فيه والفساد لفقد شرطه وهو التراضى اذ تأثير فوات شرط الجواز فى افساد العقد كما فى الربا فان المساواة فى الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشترى بالقبض فهذا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب ان لا يعود جائزا فى الاحوال كلها كما لو باع درهما بدرهمين وأشباهه قلنا بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك له والبيع الفاسد من حيث أنه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه فمن حيث أنه يشبه البيع الموقوف ففى أى وقت أجازه المالك يعود جائزا ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانا متى أظهرنا شبه الموقوف فى حق المالك ولم يوجد الملك بعد القبض لا يبقى اشبه الفاسد عمل فيتعطل العمل بالشبهين فان قيل بيع المكره دون البيع بشرط الخيار فالبائع هنالك رضى بالسبب دون وصفه وهو اللزوم وههنا البائع غير راض باصل السبب قلنا البائع بشرط الخيار غير راض بالسبب فى الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان أضعف من بيع المكره لان المكره راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا ولانه عرف الشرين واختار أهونهما فكان قاصدا لاختيار الركن لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه (قوله ومن جعل البيع الجائز المعتاد) أى بسمرقند ونوحيها يريد بيع الوفاء وهو ان يقول البائع للمشترى بعت

(قوله الا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما فى سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشترى ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك لان الفساد فى البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائز المعتاد) يريد به بيع الوفاء صورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بما لك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أنى ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الى وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله

بيعا فاسدا او جعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما فى البيع المكره عليه ومنهم من جعله
رهنا القصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعانى ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن
مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلاكه فى يده اذا كان وفى بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة اذا هلك
بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه و بين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع
وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم فى عرفهم
لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشترى و بقى المشترى برد المبيع على البائع من غير امتناع ولا
يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ولهذا اسموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا الخ) اذا
قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما فى البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة
فكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكره على الهبة ولم (١٧٠)
يذكر الدفع فوهب كرها
ودفع طائعا حيث يكون
العقد باطلا أى فاسدا
يوجب الملك بعد القبض
كالهبة الصحيحة بناء على
أصلنا ان فساد السبب
لا يمنع وقوع الملك بالقبض
فان تصرف فيه نفذ تصرفه
وعليه ضمان قيمته والفرق
بينهما أن مقصود المكره
ما يتعلق به الاستحقاق لا بمجرد
اللفظ وما يتعلق به
الاستحقاق فى الهبة بالقبض
وفى البيع بالعقد فكان
الاكراه على الهبة اكراها

(قوله ومنهم من جعله بيعا
باطلا اعتبارا بالهازل الخ)
أقول لا يخفى على من يعرف
معنى الهزل أن بهذا القدر
لا يكون المتكلم هازلا (قوله
فكان لكل منهما أن يفسخ
بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان باطلا لا ينعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير فى
ملكه راجع الى المشترى قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على

ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه
بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد لحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع)
لانه دليل الاجازة كما فى البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل
الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره

غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اهـ (أقول) الظاهر
عندى ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضى الى قوله فيفسد
لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا بعض الدليل
بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى
المشاركة فى المقدمة الاولى مع ان المذكور فى حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل فى حق فساد الاقرار
بالاكراه غير مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور فى النهاية والعناية فالوجه أن
يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله
ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا
يكون المتكلم هازلا اهـ (أقول) لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك

منك هذا بمالك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى (قوله ومنهم من جعله رهنا القصد المتعاقدين)
لان المتعاقدين وان سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن والعبرة فى العقود للمعانى فالكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة وهبة الحرة نفسها مع تسمية المهر نكاح والاعارة باجر اجارة ولما كان
هذا كالرهن فى يد المرتهن لا يملك المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره
واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه فى يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة اذا هلك من
غير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق بينه و بين الرهن فى حكم من الاحكام وكان السيد الامام

الاستحقاق
الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفى الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب
بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين
وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقانى فى باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام
المصنف مبنيا على تلك الرواية وفى البزازية فى كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالقوى ما ذكرنا اذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله
والفرق الى قوله وفى البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق فى البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر فى أحكام البيع الفاسد
والبيع المكره عليه فاسد تأمل فى جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق فى أصل الوضع وقد صرح به فى بعض الشروح ونبه عليه
المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغى أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن
يقال البيع فى أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

الاستحقاق لا بمجرد اللفظ وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع فى الاكراه على
الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما فى يده) لفساد العقد قال
(وان هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد
فاسد (وللمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه دفع مال البائع الى المشترى
فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام
البائع وان ضمن المشترى

القائل بل قال أنه كالهازل بناء على أن المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك أن من
شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجرى المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر
فى علم الاصول وفى صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا
بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب أن القياس انما يتصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات
المشتركين فى العلة

أبو شجاع على هذا وأوصى بنيه عند موته بهذا وحين قدم القاضى الامام على السغدى رحمه الله من بخارا
بسمرقند فاستفتى بهذا فكتب أنه رهن وليس ببيع ففرح السيد الامام بموافقة فتواه وكان لا يخالفهم
فى زمانهم الا بعض الشباب وكان ضعيفا وسئل القاضى الامام الحسن الماتريدى رحمه الله عمن باع داره من
آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشترى مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة
هل يلزم الاجرة فقال لا لانه عندنا رهن والراهن اذا استأجر من المرتهن لا يجب عليه الاجر بهذه الاجارة فكذا
هذا ثم من يجعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكره الصدر الشهيد تاج الاسلام والامام ظهير الدين الصدر الشهيد
حسام الدين رحمهم الله لان الفساد باعتبار فوت الرضا فصار كبيع المكره ومن جعله باطلا يعتبره بالهازل
وثم اذا تواضعا على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فان البيع منعقد لان الهازل مختار راض مباشرة السبب
لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبدا وانعقد العقد فاسدا غير موجب للملك لخيار
المتبايعين أبدا ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع دون البعض
وهو البيع لحاجة الناس اليه وفى الكافى للنسفى والصحيح ان العقد الذى جرى بينهما ان كان بلفظة
البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ فى البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك فى البيع و تلفظا
بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك
وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد لان المواعيد
قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس (قوله وفى البيع بالعقد على ما هو الاصل) يريد به
ان الاصل فى البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض أو الاجازة من العوارض فلم
يكن الاكراه على البيع اكراها على الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وهو دليل الاجازة أما الهبة فى أصل
الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود
المكره وهو حمله على شئ يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد (قوله وان قبضه
مكرها) أى ان قبض الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما فى يده لفساد العقد بالاكراه
وان كان هالكا لا يأخذ منه شيأ لان الثمن كان أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشترى والقبض متى كان
باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك لانه كان مكرها على قبضه فكان أمانة
(قوله لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف) أى وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان التكلم بلسان
الغير لا يصح فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع باداء الضمان لان المضمون يصير
ملكا للضامن من وقت سبب الضمان (قوله وان ضمن المشترى) أى أحد المشترين نفذ كل شراء كان بعد

على الدفع دون البيع
(وان قبضه) أى الثمن
(مكرها فليس ذلك باجازة
وعلى المكره رده ان كان
قائما فى يده لفساد العقد)
فيكون الثمن أمانة عند
المكره لانه أخذه باذن
المشترى والقبض متى كان
باذن المالك انما يوجب
الضمان اذا كان للتملك
وههنا لم يكن كذلك لانه
كان مكرها على قبضه (وان
هلك المبيع فى يد المشترى
وهو غير مكره والبائع
مكره ضمن قيمته للبائع)
لانه مضمون عليه بحكم عقد
فاسد لعدم الرضا كما تقدم
وما هو كذلك فهو مضمون
بالقيمة (والمكره بالخيار
ان شاء ضمن المكره لان
المكره آلة له فيما يرجع
الى الاتلاف) وان لم يصلح
آلة له من حيث الكلام
فان التكلم بلسان الغير
لا يتصور (فكأن المكره
دفع مال البائع الى المشترى
وان شاء ضمن المشترى
لان الهلاك حصل عنده
فكأن كل واحد منهما
أحدث سببا للضمان
(كالغاصب وغاصب
الغاصب فلو ضمن المكره
رجع على المشترى بقيمته
لقيامه مقام البائع) باداء
الضمان (وان ضمن
المشترى) يعنى أى مشتر كان

بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود) أي تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شق الترديد من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك أجاب بقوله (لانه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهو) أي حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازه خاصة أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته به لمصادفته ملكه فتكون اجازته أحد البيوع تمليكا للغير من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر فلهذا انفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها والله أعلم *(فصل)* لما (١٧٢) ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر فعلى هذا (ان أكره على ان يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو بالضرب
على عضو من أعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك

نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم

(فصل) (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ان أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له الا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو حتى لو خيف على ذلك

(فصل) قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكره الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك

شرائه لانه ملكه باداء الضمان فظهر أنه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان قبله لان استناد ملك المشتري الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها فانه ينفذ ما قبله و بعده لان المانع من النفاذ حقه وقد أسقط حقه فيعود الكل جائزا و بخلاف ما اذا أجاز المالك في بيع الفضولي واحدا من الاشرية حيث يجوز ما أجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم مال غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة فابطل الملك الموقوف لغيره وهنا كل واحد باع ملكه اذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك فاذا أسقط نفذ الكل والله أعلم *(فصل)*

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أي استناد ملك المشتري قال صدر الشريعة في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز تقرر ملكه بحيث ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظة ما في قوله وما عرفت نافية

(فصل) (قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير في وراءها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة (قوله حتى خاف على ذلك) أقول أي النفس والعضو

بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ماتوعد به) وأشار الى أن الملجئ يمتاز من غيره لغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلي به ولا معتبر بمن (١٧٣) قدر في ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال ان تهدد بأقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز (فان صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالاباحة (فهو آثم لانه لما أبيح) من حيث أن حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خمر وهي (قائمة) اذا امتنع (كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم أن الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه (والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان اباحة لا رخصة) فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ماتوعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة

بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول في قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسعه أن يصبر على ماتوعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفضى الى الحرام حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه ان أريد به أن المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو أكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك أن صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا اذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم أن تجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم أو الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شئ واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة

(قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يأثم) لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة فالاصل عند أبي يوسف رحمه الله أن الاثم ينتفي عن المضطر ولا تنكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر وبالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأثم بالعزيمة وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا تتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة أو يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبتت الاباحة في حالة الضرورة لم تكن رخصه وكان امتناعه من التناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيأثم الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فيعذر بالجهل كالجهل بالخطاب

(قوله لان ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر الى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد

(لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء) لانه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الاسلام أوفى دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) اعلم أن كل مالا يعتبر اكراها فى تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها فى اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر أشد فاذا أكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية أن يظهر خلاف ما يضمر فجاز أن يكون المراد بما ههنا اطمئنان القلب

الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الاسلام أوفى دار الحرب قال (وان أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبى عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك

منهما هو علية له ومنشأ عدم الاحتياج اليها علية الاخرى له فلا استحالة فى اجتماعهما الا انا نقول احتياج الشئ الى آخر فى وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين اه كلامه فقد ظهر بما قررناه ما فى كلام بعض الفضلاء أيضا فى هذا المقام فلينظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغى أن لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب عنه بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا فى اتلاف نفسه اه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة للعلم فى أن لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم فى تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغى أن لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل فى مسئلتنا هذه ليس على الاطلاق بل فيما اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه فى تركه لكونه معذورا بالجهل فى أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله نقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعمه البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمته أصلا اه وعزا فى النهاية ومعراج

فى أول الاسلام أو دار الحرب (قوله ويورى) من التورية وهو ان يظهر خلاف ما يضمر (قوله لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به) روى ان المشركين أخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك قال شر ما تركونى حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال أجده مطمئنا بالايمان قال

وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان أظهر ما أمر به موريا كان أو غيره على المعنى الثانى وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعد عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد ينقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذى فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناوله النص المحرم فتأمل (قوله فجاز أن يكون المراد بما ههنا اطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود الصنم أو الصليب مثلا ولا يتضح التورية بهذا المعنى فيه فى أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكرهه الكفار أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبى عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر باله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شئ فقال ما أكره عليه أو فعل لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان اه (قوله على المعنى الثانى) أقول يعنى هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره فى التورية بالمعنى الثانى قال الاول فانه لا بد منه

جميعا لان أدنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا تنكشف حرمته

قال مطمئنا بالايمان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة

الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفى فى أول كتاب الطلاق من الكافى الامر بالشئ لا ينفى الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هنالك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك اه (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما تستعمل فى الترخيص ونحوه مجازا ولا بد فى المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمأنينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفى ههنا أى عد الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل منى وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه اه كلامه (أقول) فى تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط فى تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعى قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر فى موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام فى اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاده الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبنى على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو أول المسئلة فاخذه فى أثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناسى وجوده بمنزلة العدم فانه أيضا مبنى على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سيأتى ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام فى كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة فى حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى فى حالة صحة الاختيار كما صرح به فى كتب الاصول الا أن المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة الاكراه فيسعه الميل اليه

عليه السلام فان عادوا فعد الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل منى وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر أحدا بالتكلم بكلمة الشرك (قوله لان خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك) وقصته ان المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا عليه السلام وهو يسب آلهتهم ويذكر محمدا عليه السلام بخير فاجمعوا على قتله فلما أيقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلى ركعتين فاوجز صلاته وقال انما أوجزت لكيلا تظنوا انى أخاف القتل ثم سألهم ان يلقوه على وجهه ليكون ساجدا حين يقتلوه فابوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء وقال اللهم انى لا أرى ههنا الا وجه عدو فاقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم منى السلام ثم قال اللهم احص

وموضعه أصول الفقه (قوله ولان بهذا الاظهار) دليل معقول ووجهه أن الايمان (لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة) لان الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفى الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال فى مثله) أى فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيقى فى الجنة) وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفى فى أول كتاب الطلاق من الكافى الامر بالشئ لا ينفى الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هنالك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك فليتأمل فان الكلام مجالا (قوله لان التكرار ليس بشرط) أقول نعم الا أن عدم طريان منافيه شرط وههنا قد طرأ والجواب أنه ككلام الناسى وجوده بمنزلة العدم

(ولان الحرمة باقية) لتناهي قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة

عند طمانينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه

هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا تبق منهم أحدا ثم أنشأ يقول

ولست أبالي حين أقتل مسلما * على أي جنب كان لله مصرعي

فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة فهذا مبني على ان الامتناع أفضل (قوله بخلاف ما تقدم للاستثناء) يعني قوله تعالى الا ما اضطررتم اليه وأول الآية وما لكم ان لا تأكلوا الآية أي وأي شيء عرض لكم في ان لا تأكلوا وقد فصل لكم ما حرم عليكم مما لم يحرم بقوله قل لا أجد فيما أوحي الى محرما الآية وقوله حرمت عليكم الميتة والدم أقوى وقد فصل

هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بامر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جاز له أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة

(قوله وأجيب بان في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا الى قوله الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لا نسلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم لكنه فصل سند كما

المنع بعض التفصيل وأنت خبير بان اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا الدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما في صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الاصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه ان عادوا فعد انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الايجاب ولا على الندب وروى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا لك فعد لهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل الا بتكلف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الاحتراز ركن زائد والتفصيل في الاصول

كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احترازا عن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه) وهذا لا نزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان كان يجب على المكره والمكره جميعا أو لا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل أن يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولابي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأثيم الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها أولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان

كما في حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف أن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل

على ذلك اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور أصلا اذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف

لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز وجل الا ما اضطررتم اليه مما حرم عليكم فانه حلال لكم في حال الضرورة لان الاستثناء من التحريم اباحة وامتناعه من التناول حتى يتلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثما فان قيل كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى حالة الاكراه هنا قلنا ثم استثنى من الحرمة فكان اباحة لا رخصة وهنا من الغضب فينتفي الغضب في المستثنى ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر في الكشاف من كفر بالله شرط مبتدأ وجوابه محذوف لان جواب شرح دال عليه كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الا من أكره فليس عليه غضب ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله (قوله وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم) أي أنه يأثم اثم القتل واثم القتل على من باشر القتل وقد تحقق الفعل منه حقيقة وحسا فاذا تحقق منه الفعل يؤاخذ بفعله الا اذا سقط حكم فعله وأضيف الى غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم وأضيف الى غيره وهنا لم يسقط فيتقرر (قوله وللتسبيب في هذا) أي في القتل حكم المباشرة عنده كما في حد قطاع الطريق يجب على الردء بالتسبيب وكما في شهود القصاص عنده فان الشاهدين لو شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده (قوله نظرا الى الحمل) أي الاكراه (قوله

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فيبقى الفعل فى حق الاثم مقصورا عليه كما نقول فى الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد و يقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم أيضا لم يعتق العبد (و) كما نقول (فى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكره آلة للمكره فى القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخمصة فقتل انسانا وأكل لحمه حتى بقى هو حيا بايثار الحياة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره

فدخلت الشبهة فى كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه فى حق الاثم كما نقول فى الاكراه على الاعتاق وفى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره فى الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه

ويجوز أن يراد بها السبب الشرعى كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشئ ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه فى الجملة وقوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره ممنوع بل السبب الشرعى مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا فى علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعى فان الايصال فى الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور فى الجواب ليس فى معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعى بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعى يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضى قيام دليل شرعى على جواز ذلك فى كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفى حكمه وهو الغضب فان خبيبا رضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقى فى الجنة ولو لم تبق الحرمة أبدا فى اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح فى ذلك لان فى الامتناع عن المباح فى تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كما فى حالة المخمصة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال فى العناية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له فى حق اللفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اهـ (أقول) فيه نظر لان الانفكاك فى اعتاق الصبى انما هو من

ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره وذلك لان الآلة هى التى تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال فى محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففى الجرى على موجب الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلته التى هى السيف فى شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له (قوله ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه) لانه أكرهه على ان يجنى على دينه ولو انتقل ذلك الى المكره لتحقق خلاف المكره و بطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول (قوله كما نقول فى الاكراه على الاعتاق) يعنى الاعتاق مقصور

لانه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال سواء كان هذا المكره الآمر عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية فى المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن أبى اليسر فى مبسوطه ولو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد لان القاتل فى الحقيقة هذا الصبى أو المجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكره عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فان تصرفات المكره كلها باطلة الا أن يكون اكراها بحق (وقد مر) دليل الفريقين (فى الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فله

(قوله ونسبه شيخ شيخى علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شيخه الامام العلامة قوام الدين أبا عبد الله محمد بن أحمد الكاكى مصنف معراج الدراية فى شرح الهداية (قوله ومنع صلاحيته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آلة له من حيث الاتلاف

فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره أردت بقولى هو حر عتقا مستقبلا كما طلب منى فانه يعتق العبد قضاء وديانة و يضمن المكره قيمة العبد لانه أتى بما أمره به على وفق ما أكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالى سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالى الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل

فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما

جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافى ثبوت الاعتاق فى ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق فى صورة اعتاق الصبى فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذى يهمنا ثبوت الاعتاق لا فى ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اهـ (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت فى صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرحوا به قاطبة وقد مر فى كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا فى الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكاك أصلا فى الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه فى ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدارا لورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدى شيأ فى دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ فى صورة أخرى فالحق عندى فى الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآلية فى حق التلفظ عدم صلاحيته لها فى حق ما ثبت فى ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها فى حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهى غير متحققة فى حق ما ثبت فى ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا فى الكافى وغيره فان قيل ينبغى أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف أجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو كان فى حكم المال كما فى منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدى الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا فى الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذى رحم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه فى البدائع ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لم يقل به أحد كما قالوا فى منافع البضع عند الدخول فتامل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا أعتق عبده

على المكره من حيث التلفظ به وحصول العتق فى المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالية يضاف الى المكره حتى يكون ضامنا للمالية وكذا اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ولا يقتصر على المجوسى فى حق الذكاة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح آلة للمشير فى حق الاتلاف دون الذكاة لان الحرمة يحتاط فيها (قوله لان السعاية انما تجب للتخريج) كما هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله فان المستسعى كالمكاتب عنده أو لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان عندهما انما تجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق ههنا لغير المعتق ولا نظير له فى الشرع وقوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض يعتق عبده وعليه دين فهناك تجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية على العبد لحق المرتهن (قوله ولم يوجد واحد منهما) ولا يلزم على قولهما اعتاق السفيه

عما أكره عليه فكان طائعا فى الاقرار فلا يصدقه القاضى فى دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيأ لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغى أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو فى حكم المال كما فى منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى أنه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان وأما عدم السعاية فـ(لانها انما تجب للتخريج الى الحرية) كما هو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه أن المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا (أو لتعلق حق الغير) ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شئ من موجبى السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق

(قوله والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى) أقول فيه تأمل فان الذى يهمنا ثبوت الاعتاق لا فى ضمن التكلم كما اذا ورث القريب (قوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكره فالسند أعم ولعله لذلك بادر الى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية) أقول ان ثبت الرواية

حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق ملكه ولا حق لاحد فيه وزاد لهما في التعليل فقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه يعني أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيأ قال (و يرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما اذا أكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لان

ماعليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير اكراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالايجاب فكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو

ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال (و يرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لان ماعليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة

وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء و بخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اهـ (أقول) لم أر ماذكره من وجوب السعاية على العبد اذا أكره الراهن على اعتاقه في شئ من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا لا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شئ اهـ ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له أن يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح

المحجور حيث يعتق وتجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق الحجر ونظر اله ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف المكره فانه محجور (قوله بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تأكد بالدخول لا بالطلاق) فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال لانه مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال متقوم وتقومه عند التملك بالنكاح لاظهار خطر المحل وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه ألا ترى ان ازالة الملك بغير شهود و بغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند اتلاف الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيأ ولهذا لا يوجب على شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمنكوحة الغير (قوله ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل

جائز استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان أن الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من و يرجع

هذه المسئلة فلا كلام والا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهنا بدل العبد فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن (قوله نظير الجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول الاظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول أنت خبير بان الفاء ههنا ليست في محلها والاحسن تبديلها بالواو

الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فاذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (و يرجع المكره على المكره) بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل

فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا أكره على يمين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على ايلاء فآلى أو على فيء اليها باللسان) ففعل صح (لانها) أي الرجعة والايلاء والفيء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان أكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة و يرجع على المكره بقيمته لانه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه متعينا

و يرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام

الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد فانه يشعر بالمخالفة أيضا بين تلك الصورة و بين ما نحن فيه مع أنها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب اليه أبو

جاز استحسانا ونفذت تصرف الوكيل والقياس ان لا تصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه لانهما ينفيان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات اذ الموكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل (قوله و يرجع على المكره استحسانا) أي يرجع المكره بنصف المهر وقيمة العبد على المكره استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت به اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاتلاف اليه كما اذا شهد شاهدان ان فلانا وكل بعتق عبده فاعتقه ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصوده فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) حتى لو أكره بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة أو صوما أو حجا أو شيأ يتقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا ان أكرهه على اليمين بشئ من ذلك أو بغيره لان النذر مما لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان أثر الاكراه في فوات الرضا وأثره في عدم اللزوم وأثره في حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه أثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه (قوله لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطالب به فيها) وذلك لانه أوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة

عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على أحد وان تزوج التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان قربها أو كفر لم يرجع على المكره بشئ لانه أتى بضدما أكرهه عليه وان أكرهه على أن يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه (فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام) بازاء ما سلم لها من البينونة ولا شئ على المكره للزوج لانه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قبل ان خالعها وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يخلو اما أن ساق الزوج المهر اليها كله أولا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما

يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه وان أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولا ان أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة الى الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا لقضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه أمر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يلزمه الحد وأما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أن لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه و يقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلان الاذن لا يبيح الوطء فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا

قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

حنيفة رحمه الله من أن السعاية انما تجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فمنتقض بما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق و يجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد) وجه قولهما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه و يقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندرة ذلك ممنوع كيف ووقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ألا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبره كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم أقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد

ولا يظهر أثره في الدنيا من حيث الالزام فلو أوجبنا عليه الضمان لاخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما أوجبه وهذا لا يجوز (قوله الا أن يكرهه السلطان) أي حينئذ لا حد على المكره اذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الآخر وأما في قوله الاول يجب الحد على المكره اذا زنى وان كان المكره سلطانا وهو قول زفر

(قوله بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الاول التزاما وفي الثاني صريحا (قوله فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول قال الاتقاني الاكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع اهـ فقول الشارح فان اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر

(واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة بتبدل الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك) وكان الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البينونة) المترتبة على الكفر (بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا) وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (فلهذا كان القول

قال المصنف (واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخطر ببالي شئ ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فاجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار نظير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله

القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيخان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر و زمان و بعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاد الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك) قال صاحب العناية و يجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل

رحمه الله ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره سلطانا (قوله فالقول قوله استحسانا) قيد به لان في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق

قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا

الاسلام فى الحالين) قيل أى فى حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام (لان الاسلام يعلو ولا يعلى) فلم يجعل كافرا

بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام فى الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه و بين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهى دارئة للقتل ولو قال الذى أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه

الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد فى المجاز من كون اللفظ مستعملا فى المعنى المجازى ولا شك أن اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل فى الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هى أى الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردىء فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف فى علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا التجاوز عن المعنى الحقيقى الى أى شئ كان لا التجاوز عن المعنى الحقيقى الى المعنى المجازى فقط فتعم مستتبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبل يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ماذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا فى الايضاح اه (قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام فى الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكأن هذا اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ماذكر فى الكتاب كيف يكون اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدى مع تمشيته على المذهبين معا بل تمشيته على المذهب الثانى أظهر فى حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا باحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركنى الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرطا لاجراء الاحكام فانه على هذا لا يتحقق شئ من ركنى الايمان فى المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ماهو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ماهو شرط لاجراء أحكامه لا يظهر ظهوره فى الاول لا يقال كيف يتمشى مافى الكتاب على المذهب الثانى فى حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفى الاقرار اذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بان الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلى منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلى وفسر معنى كونه ركنا زائدا بان الشارع اعتبره فى وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك فى كتب الاصول بما لامزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشى مافى الكتاب على هذا المذهب أيضا فى حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل

ويستوى فى ذلك الطائع والمكره ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تبدل الاعتقاد فلا تقع الفرقة (قوله ولو قال الذى أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان

فى الصورة الاولى وجعل مسلما فى الصورة الثانية ترجيحا للاسلام (وهذا فى حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم) وكأن هذا اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا (ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أى شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارئة للقتل) (قوله ولو قال الذى أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعنى لو قال فى جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه لانه أكره على الانشاء دون الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضى لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى مايحتمله لفظه

وحكم

(قوله وكأن هذا اشارة الى ماقاله الامام أبو منصور الماتريدى) أقول فيه بحث لخفاء الاشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس فى كلامه مايدل على شرطيته للحكم

(ولو قال أردت ماطلب منى من الكفر وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لانه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلى به بان ينوى ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل

أن المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه فى وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفى وجه يكفر فيهما جميعا وفى وجه يكفر قضاء يفرق القاضى بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا أجراها فاما أن يخطر بباله غير ماطلب منه أولا والثانى هو الاول والاول ان خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا وأراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثانى واذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبى صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الاكراه لان فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب اختياره الا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله وهو فى اللغة عبارة عن المنع وفى عرفهم هو المنع عن التصرف فى حق شخص

وحكم هذا الطائع ماذكرنا ولو قال أردت ماطلب منى وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبى عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبى عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبى عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبى عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا فى كفاية المنتهى والله أعلم

(كتاب الحجر)

تقف

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الاكراه لان فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار الا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم كذا

مالم يكره عليه لانه أكره على انشاء الكفر والاخبار غير الانشاء وهو طائع فيه ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت به كذبا لا يصدقه القاضى لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى مايحتمله لفظه (قوله وحكم هذا الطائع ماذكرنا) اشارة الى قوله بانت منه حكما لا ديانة (قوله ولو قال أردت ماطلب منى) أى الانشاء وقد خطر ببالى الخبر عن ماض بانت منه ديانة وقضاء لانه بعد ماخطر بباله قد تمكن من الخروج عما ابتلى به بان ينوى ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فاذا لم يفعل ذلك وأنشأ الكفر كان بمنزلة من اجرى كلمة الشرك طائعا وذلك لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر كاذبا أمكنه التخلص عما أكره عليه باقل مما أكره عليه وهو الاخبار عن الكفر فى الماضى كاذبا دون الانشاء لان الانشاء كفر فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كاذبا فى الماضى كفر فى القضاء وأما فيما بينه وبين ربه فليس بكفر ومتى أمكن للمكره دفع ما أكرهه عليه باقل مما أكره عليه فان يأتى بالزيادة يجعل طائعا فى الزيادة لانه لا حاجة الى الزيادة فقد أنشأ كفرا طائعا فيحكم بكفره فى القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما اذا لم يخطر بباله الاخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب لان هناك لا يمكنه دفع الاكراه الا بعين ما أكرهه عليه ويجعل مكرها والمكره على انشاء الكفر لا يكفر فى القضاء ولا فيما بينه وبين ربه والوجه الثالث وهو ان يقول لم يخطر ببالى شئ لكن كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبى مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته استحسانا لانه لم يخطر بباله سوى ما أكره عليه فكانت الضرورة متحققة ومع تحقق الضرورة يرخص له فى اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمان (قوله وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب) أى على السجدة للصليب وسب محمدا النبى عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبى بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبى عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير النبى بانت ديانة وقضاء لانه يمكنه دفع ما أكره عن نفسه لانه لما خطر بباله شتم محمد غير النبى قد وجد مخرجا عما ابتلى به ثم لما ترك ماخطر على باله وشتم محمدا النبى عليه السلام كان كافرا وان وافق المكره فيما أكرهه لانه وافقه بعد ماوجد المخرج عما ابتلى به فكان غير مضطر فى موافقته ومن شتم محمدا النبى من غير اضطرار كان كافرا قال فى المبسوط وهذه المسئلة تدل على ان السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وان لم يخطر بباله شئ وصلى للصليب أو سب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن منه منكوحته لا قضاء ولا ديانة لانه فعل مكرها لانه تعين ما أكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذا لم يخطر بباله غيره *(كتاب الحجر)*

 مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الاسامى وألحق بها المفتى الماجن

(كتاب الحجر) (قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وهو فى اللغة عبارة عن المنع) أقول نوله هو فى الموضعين راجع الى الحجر وقوله وهى راجع الى الشفقة

والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ماذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما وأما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع و يقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف انما هي بالعقل لكن أهليته مترقبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا تتعطل عليه منافع عبده فانه لولم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير أن المولى اذا أذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيأ) أراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن و يفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب و يقصده لافادة هذا الحكم أعني كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم (والولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف ويقصده في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهما فيتحري مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر وأراد سؤالا على الشراء وهو أن الاصل في

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيأ وهو يعقل البيع و يقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع

في الشروح ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجر فجعل بعضهم أولي الرأي والنهى ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يردهما وكذلك حجر الصبي والرقيق أما الصبي ففي أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرؤية نظر اللمولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال دون الافعال وأما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب شيأ فشيأ فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد و بالجملة في التعريف المزبور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر و رق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للمحذور الاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر باي سبب كان اه تدبر (قوله الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بما اشتق منها

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنعه من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر أي لذي عقل وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون فانه تعالى خلق الورى على تفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي فاثبت الحجر على هؤلاء نظرا فلا يجوز تصرف الصغير أي لا ينفذ (قوله ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب) أي الذي لا يفيق أصلا (قوله بحال) أي في جميع الاحوال (قوله كيلا يتعطل منافع عبده) يعني لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وكذا الشراء فيلحقه ديون فيأخذ أرباب الديون اكسابه وهي منفعة المولى فيتعطل منافعه (قوله ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشترى وهو يعقل البيع و يقصده) المراد

الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة فأجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره من الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشترى أما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فأورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكره شيخي في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة) يعني الصغر والرق والجنون (توجب الحجر في الاقوال) يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم (قوله دون الافعال) يعني أن المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال (لان الشان ان الافعال لا مرد لها) حتى ان ابن آدم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا أتلفا شيأ لزمهما الضمان في الحال (لان الافعال توجد حسا ومشاهدة) ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا اتلاف (بخلاف الاقوال

و يقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية أو لضرر المولى فوقفناه (قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال

ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس وأما حجر المديون والسفيه بعدما بلغ رشيدا فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كذا في الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العته في الجنون و جعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول على جعل العته قسيما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفاله في أكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه (أقول)

بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن و يفيق وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره وهو قد يعقل البيع و يقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الانعقاد و بقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشراء بعكسه و بقوله و يقصده ان يقصد اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فيتحرى المصلحة في تصرف هؤلاء ولا بد ان يعقلا البيع ليتحقق ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة فان قيل التوقف يستقيم في البيع أما الشراء فلا يتوقف بل ينفذ على المباشر قلنا الشراء اذا وجد نفاذا على المباشر ينفذ عليه كالفضولي اذا اشترى مال انسان لآخر فانه ينفذ عليه ولا يتوقف أما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية كما في الصبي والمجنون أو لضرر المولى كما في العبد فيتوقف (قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال) حتى أوجب التوقف في الاقوال التي تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء وأوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يمكنه الطلاق (قوله لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة) فانه

(قوله وكذا ذكره شيخي في شرحه) أقول أراد الكاكي (قوله يعني ما تردد منها بين النفع والضرر) أقول الاولى عندي هو تعميم الاقوال لما تمحض ضررا وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما تخصيصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل) أقول فلا ينعقد (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه

خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة فى مسئلة الكتاب بالاقوال المترددة بين النفع والضر حيث قال أعنى ماتردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ماتمحض نفعا وما تمحض ضررا وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلا دون فائدة ثبوت اخراج الثانى لثبوت الحجر فيه أيضا فى حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر أيضا حيث قال أى هذه المعانى توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما مايتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشئ من التخصيصين المذكورين يلزم اذذاك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذى ذهب اليه الشارح المزبور يصير ما ل معنى هذه المسئلة وهى قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال معنى المسئلة السابقة وهى قوله ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون فى اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج مايتمحض ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار فى المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال وقد أدرجه فيها فى الكتاب حيث قال فيما بعد والصبى والمجنون لايصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بفاء التفريع فى مختصر القدورى فى قوله فالصبى والمجنون لايصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال دون الافعال فتعين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندى أن اللام فى الاقوال فى قوله توجب الحجر فى الاقوال للجنس وأن المراد بايجاب الحجر فى قوله توجب الحجر فى الاقوال مايعم ايجاب التوقف على الاجازه كما فى الاقوال المترددة بين النفع والضر وايجاب الاعدام من الاصل كما فى الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعنى ماتمحض ضررا عن الاقوال المذكورة فى الاصل المسفور بل هذا القسم أيضا داخل فى جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر فى الاقوال التى تتمحض نفعا لان تحقق الحجر فى جنس الاقوال لايقتضى تحققه فى جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل تبيينا له فما جعل فى تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر ومالا فلا تأمل تقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة

اذا قتل انسانا أو قطع يده أو أراق شيأ لايمكن ان يجعل القتل والقطع والاراقة كالعدم لانه يؤدى الى ان لاتكون المقتول والمقطوع والمراق مقتولا ومقطوعا ومراقا وهو دخول فى السوفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع أما الانشا آت فظاهر اذ التطليق والاعتاق والبيع والهبة ونحوها لاتؤثر فى المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع وأما الاخبارات كالاقارير والشهادات فوجبها عرف شرعا لانها دلالات على المخبر عنه فيجوز ان لاتقع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها (قوله والقصد من شرطه) أى القصد شرط اعتبارها موجودة اذ الكلام المعتبر مايكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لايوجد الا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبى والمجنون فلا يكون لهما قصد واعتبار الفعل لايتوقف على القصد فالنائم اذا انقلب على مال انسان وأتلفه يضمن وان عدم القصد الا اذا كان القصد فعلا يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون حتى لايجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل (قوله

(الا

لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبى والمجنون قصد لقصور العقل فينتفى المشروطبه وأما فى العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهده ليست عين مدلولاتها بل هى دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله

(قوله لان اعتبارها حال كونها موجودة) أقول لايخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أى اعتبارها مفيدة للاحكام بالشرع ومعنى الوجود مايترتب عليه الآثار والاحكام

فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ماوجدت لايمكن أن تجعل غير موجودة والثانى أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلابد من القصد ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لامرد لها يعنى أن الافعال اذا وجدت لامرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد فى ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبى والمجنون لايصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم فى قوله ومن باع من هؤلاء شيأ فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات فى موضع واحد وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه) رواه الترمذى عن أبى هريرة

(قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد فى اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلابد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبى والمجنون لايصح عقودهما أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول أريد بالصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لايحتاج الى تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

(الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون قال (والصبى والمجنون لاتصح عقودهما ولا اقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه

فى الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها فى الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر فى الشرع على ما صرحوا به فى مواضعها سيما فى مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل ينافى القصد لامحالة فان عدم القصد والارادة معتبر فى نفس مفهوم الهزل وقال فى العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هى دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ماوجدت لايمكن أن تجعل غير موجودة والثانى أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلابد من القصد ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) فى كل من وجهى الجواب نظر أما فى الاول فانه غير متمش فى الانشا آت لانها ايجادات لايمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتبرة فى الشرع فى افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشا آت فلا يتم التقريب وأما فى الثانى فلانه منتقض بما تساوى فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما فتدبر تفهم (قوله والصبى والمجنون لاتصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم فى قوله ومن باع من هؤلاء شيأ فالولى بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات فى موضع واحد كذا فى العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أريد بالصبى والمجنون الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لايحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال أراد بقوله لايصح لاينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذى يتردد بين النفع والضر موقوف على اجازة الولى ألا يرى الى ماقال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيأ وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء أجازه الا اذا أريد بقوله والصبى من لايعقل أصلا وبقوله والمجنون الذى لايفيق أصلا فحينئذ يجرى قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لامساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبى والمجنون فى قوله والصبى والمجنون لاتصح عقودهما على الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لاتساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس فى قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق فى قاعدة أهل الاصول كما تقرر كل فى موضعه فههنا الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا فلابد أن يراد بالصبى والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدى القاعدتين لاحصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو أريد بهما ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لاتكون أحكام عقود الصبى العاقل والمجنون الغير المغلوب الذى هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة فى كتاب الحجر أصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هنا ولم تذكر فى موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده ولا يختلجن فى وهمك أنها تفهم مما ذكر دلالة لان

الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات) استثناء من قوله لانه لامرد لها

والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال (وان أتلفا شيأ لزمهما ضمانه) احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك

سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقررها تلك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

(قوله ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أي لا وقوف للولي على مصلحة الطلاق لان ذا يعتمد العلم بتباين اخلاقهما وتنافر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للولي بذلك بخلاف سائر العقود لامكان وقوفه على المصلحة (قوله والحائط المائل بعد الاشهاد) الحائط اذا تلف به شيء يضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه (قوله بخلاف القولي على ما بيناه) أي من ان القصد من شرطه (قوله لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم) لان الحدود والقصاص من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما فاذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ اقراره فيهما لانه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا المبقى على أصل الحرية فيهما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص منه الاقرار بالمال لان النص لم يتناوله اذ اقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه فان قيل يحمل النص على الحر دفعا للتعارض قلنا يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض

بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال ف(لعدم الشهوة) وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغ حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته) أي الولي (بخلاف سائر العقود) وقوله (وان أتلفا شيا) بيان تفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الاشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فاما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه كلامه ظاهر

(قوله باعتبار موافقة الاخلاق) أقول أي وجودا عدما (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان أتلفا شيا بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور) أقول فيه بحث (وينفذ

(وينفذ طلاقه) لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله أعلم بالصواب

(باب الحجر للفساد)

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله)

(باب الحجر للفساد)

أخر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التاثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أحرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شيء أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذ الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي في السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأما في الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال المتصرف فهو أمر آخر وراء ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا اهـ (أقول) ليس هذا الكلام بسديد فان أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه كقوله وان أعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز

(قوله وينفذ طلاقه لما روينا) أراد به ما ذكر قبيل هذا وهو كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والله أعلم بالصواب

(باب الحجر للفساد)

اعلم أن الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي رحمه الله يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا تصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا وكذا الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف بتصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين واللعابين وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارة من غير محمدة وأصل المسامحة في التصرفات والبر والاحسان مشروع الا أن الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا (قوله يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) بان يحرق ماله أو يلقيه

(باب الحجر للفساد)

أخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالالقاء في البحر والاحراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء

(باب الحجر للفساد)

لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراله اعتبارا بالصبي بل أولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه مامنع من يده

وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده وقوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه وقوله فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية احداهما مسئلة أنه لا يحجر السفيه عند أبي حنيفة ويحجر عندهما وأخراهما مسئلة أن الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند أبي حنيفة وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشد وواحدة منها مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسئلتين الاوليين أصلا في الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراله اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظراله كالصبي فهذا يحجر عليه اه (أقول) تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف ههنا قياس السفيه على الصبي قياسا تقريبيا في وجوب الحجر ويرشد اليه قطعا قوله فيما سيأتي من قبل أبي حنيفة ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف انما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له وقالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه اه (أقول) فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتي في البحر وما أشبه ذلك (قوله ولهذا منع عنه المال) أجمعوا على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغ لا يمنع منه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما دام المنع ما دام السفه (قوله انه مخاطب) في هذا الوصف اشارة الى أهلية التصرف لان التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جريا على موجب التكليف والاستيفاء انما يكون بالوصول الى الاموال وذلك بالتمليك والتملك وبالعقل يثبت أهلية التمييز والشرع جعل الرشد سبيلا من التصرفات تمليكا وتملكا لهذا المعنى وأنه موجود في حق السفيه لانه مكاف عاقل

واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لانه مبذر ماله بسرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظراله كالصبي) فهذا يحجر عليه (بل أولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما يمنع من يده) وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما فاما على قول الشافعي رحمه الله فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما

ولابي

(ولابي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل و) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حر سقط الاعتراض (وهذا) أي عدم الحجر (لان) في الحجر سلب ولايته و(في سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجرا له على التبذير والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي أي لا يقاس السفيه على الصبي (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني أن منع المال بدون الحجر مفيد (لان غالب السفه) انما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد (قوله واذا حجر الخ) تفريع على مسئلة الحجر

ولابي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه

الكتاب (قوله ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد) قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل أيضا ومنع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر

كالرشيد فكان بسبيل منه (قوله فلا يتحمل الاعلى) أي الحجر لدفع الادنى وهو التبذير وهذا لان نعمة المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة أصلية لان الآدمي انما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات (قوله كالحجر على المتطبب الجاهل) فانه يسقي الناس في أمراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك أو لا يعلم (قوله والمفتي الماجن) الماجن الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب كذا في المغرب وفي الذخيرة المفتي الماجن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة بان تعلم المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها أو يعلم الرجل ان يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالي أن يحرم حلالا أو يحل حراما فضرر هذا متعد الى العامة (قوله والمكاري المفلس) هو الذي يتقبل الكراء ويؤاجر الابل وليس له ابل ولا غيرها يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويتصرف هو ما أخذ منهم في حاجته واذا جاء أوان الخروج يخفي هو نفسه فتذهب أموال الناس ويصير ذلك سببا لتقاعدهم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد هذا الشخص متعد أيضا والحاق الضرر الخاص لدفع ضرر العام جائز أما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعد بل يقتصر عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء فجواز الحجر في حق هؤلاء يدل على جواز الحجر في المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى للسفيه وليا بقوله تعالى فليملل وليه بالعدل قلنا السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من أهل التأويل (قوله ولا يصح القياس على منع المال) هذا جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال) أي اذا بلغ سفيها يمنع عنه المال بالاتفاق (قوله لان الحجر أبلغ منه في العقوبة) أي لان الحجر عن التصرف أبلغ من منع المال من يده في العقوبات لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق اللسان واعتبار البيان نعمة أصلية فبيان جواز الحاق ضرر يسير وهو المنع عن المال بتفويت نعمة زائدة لا يدل على جواز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية (قوله لانه عاجز عن النظر لنفسه) يعني ان الصبي لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة الى صيرورة الغير وليا له فيصير الصبي مولى عليه والمولى عليه لا يلي التصرف أما السفيه فقادر على النظر لنفسه لانه أعطى له آلة القدرة من العقل والبلوغ وان كان يعدل عن سنن العقل (قوله ومنع المال مفيد) هذا جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد (قوله لان الحجر منه فتوى) هذا جواب عما يقال تصرف المحجور

(قوله وأجيب بانه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال المراد مخاطب في حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث

ومعناه أن القاضي ان حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لا يجوز لان
قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا
سلمنا وجود المقضي له على احتمال (١٩٤) بعيد وهو أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه

فان أبا حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفه قبل ذلك نافذ لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد منه وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التاديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التاديب الخ

ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا

الحدود وغيرها والثاني أن المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها (أقول) بقي في كلام المصنف شيء وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى (قوله ولابي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه يصير جدا

بالسفه بحكم القاضي ينبغي أن لا ينفذ أصلا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يكون لقاض آخر أن يبطل الحجر لان القضاء الاول لاقى محل الاجتهاد فلا يقبل النقض لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون فتوى وليس بقضاء وهو على قول محمد رحمه الله ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه حتى كان مفسدا لماله وعند أبي يوسف رحمه الله وان كان يحتاج فيه الى حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه يثبت بقضائه ما لم يكن ثابتا ولكنه فتوى من وجه لانه لم توجد شرائط القضاء وهو المقضي له والمقضي عليه والدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الحجر فرفع الى قاض وجرت الخصومة بينه وبين عاقده نقضى القاضي عليهما ببطلان التصرف وصحح الحجر فانه يصير متفقا عليه فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ونظيره القاضي اذا قضى بجواز بيع أم الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفقا عليه لانه فتوى وبعد الخصومة صار متفقا عليه (قوله ولو كان قضاء) يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي قضاء بان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر ما ثبت الا نظرا له والقضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضيا عليه فاذا وجد المقضي له والمقضي عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفا فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء (قوله ولابي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) يعني أن منع المال عنه على طريق مشايخنا ثابت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي فالعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم حده عندنا لانا نقول انما كان كذلك لكونه تابعا لما هو حسي وهو اقامة الحد لا مقصودا بنفسه (قوله ألا ترى أنه يصير جدا

مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع في
فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التاديب الخ

(قوله ومعناه أن القاضي ان حجر على السفيه على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضي (قوله فصار محلا) أقول يعني فصار نفس القضاء محلا الخ (قوله وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقرينة قوله حتى

(قوله ولان المنع) دليل آخر وتقريره أن المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثماني عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (١٩٥)

(ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه أصلا فكان متناهيا في الاصالة قال (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بان كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده (أجازه) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع

في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف

في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ولا شك أن تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندي في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التاديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه أصلا فكان متناهيا في الاصالة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون أيضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشد هنالك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ ويأباه دليله تامل تقف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب

في هذا السن) وذلك لان أدنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة أشهر لان أقل مدة الحمل ستة أشهر ثم يبلغ ابنه باثنتي عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة أشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو فرضنا مقام الابن البنت تصير جدة في اثنتين وعشرين سنة لان أدنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه أصلا فكان الجد متناهيا في الاصالة فاذا لم يؤنس رشده في سن تناهت اصالته عرفنا أنه انقطع رجاء التأديب منه فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك اذ المنع كان للتأديب وهو لم يبق محلا للتأديب في حق ماله (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا

عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل وأجيب بانه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام

(قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سندا للمنع هنا ويكفي الاحتمال فيه (قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا

التوقف أجاب بقوله (للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر) وهو اهدار آدميته

(والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلابد من مرجح وهو القضاء وعند محمد رحمه الله لايجوز لانه يبلغ محجورا) عليه عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وان أعتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (و) ذكر أن (الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح والاصل

للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلابد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل وأجيب بانه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اهـ (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه

وهو في أوائل البلوغ) لان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا وبقاء أثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لامحالة لانه حال كمال لبه فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده ولان مدة البلوغ من حيث السن ثماني عشرة سنة فقدرنا مدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (قوله دائر بين الضرر والنظر) لانه لما انعقد الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي ملكه كما كان ففي ابقاء الملك له نظر وفي اهداره قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح أحد الجانبين منه الا بقضاء القاضي توضيحه أن السفه ليس بشيء محسوس وانما يستدل به بان يغبن في التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهزين فاذا كان محتملا مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي (قوله لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه) والفرق لمحمد رحمه الله بين حجر السفيه حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فاشبه الجنون وثم يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا ههنا وأما الحجر بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لان له ولاية عليه فيعمل حجره فاما الغريم فلا ولاية له فلا يجوز حجره (قوله لان السفيه في معنى الهازل) فان قيل ان السفيه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا أعتق عبده لا تجب السعاية على العبد فينبغي أن يكون السفيه كذلك قلنا الحجر على السفيه للنظر والنظر في السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور (قوله والاصل عنده) أي عند الشافعي رحمه الله أن الحجر

انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احترازا عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما دل عليه تصريحه بخلاف الشافعي

منه وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث أن

قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فانه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى أن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا

الاول ان السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه السعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اهـ (أقول) في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضا أما في الجواب عن الاول فلأن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيأ في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهما فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلا عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلأن ما سيجيء في الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في أصلهما كما

بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق ووجهه أن السفه لا يزيل الخطاب ولا يخرجه من أن يكون أهلا لالتزامه العقوبة باللسان باكتساب سببها أو بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما أن بالرق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه قلنا لا يجوز أن يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك حجر لحق الغير في المحل الذي يلاقيه حتى ان فيما لا حق للغير فيه يكون نافذا كاقراره بالحد والقصاص (قوله الا أنه لا تجب السعاية) مستثنى من قوله

المريض) لاجل النظر لغرمائه أو ورثته فاذا أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الى آخر النكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانها لو جبت لو وجبت حقا لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود أن يجب لغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشريكين فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلأن يملك انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى

(قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحانث الصوم كالمعسر اذا حنث في يمينه أو ظاهر عن امرأته (قوله والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولابد من الاشتراك

لانه باق على ملكه) والباقى على ملك المولى لايستوجب المولى عليه دينا (فان مات ولم يؤنس منه رشد يسعى فى قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية فى قيمته مدبرا ألا ترى أن مصلحا لو دبر عبده فى صحته ثم مات وعليه دين محيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى فى قيمته مدبرا للغرماء فانه قيل ينبغى أن يسعى فى قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو فى تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو أعتقه وأجيب بان الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببيته فى ايجاب السعاية عليه قنا وانما تظهر فى حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى فى ثلثى قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك وأجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لاغير ألا ترى أن الرجوع فى الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية

لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح فى حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها لاحد وان مات مديونا (وان لم يكن معها ولد) أى ان لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان مات سعت فى جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كانه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى فى قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) فى ابطال حق الغير فكذ فى دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعنى أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه

لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى فى قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح فى حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت فى جميع قيمتها) لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية (وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف فى ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج باربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا

هو حاصل البحث الثانى أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية فى البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كانه غلط فى الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور فى قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من الاشتراك فى العلة وهذا المعنى يعنى قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد فى السفيه كما أن المعنى المذكور فى الكتاب لا يوجد فى الهازل

فيعتبر بحقيقته أى بحقيقة اعتاق المحجور بسبب السفه تجب السعاية ولا تجب السعاية على مدبره فى التدبير مادام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه لما بقى على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينا تعذر ايجاب نقصان التدبير عليه ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولا يجب المال (قوله ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل) المريض المديون اذا ادعى ولد جاريته أى قال لامته هذه أم ولدى ان كان معها ولد لا تسعى فى قيمتها للغرماء وان لم يكن معها سعت فى جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها فى ابطال حق الغير فكذلك فى دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها ههنا فاقراره لها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى فى قيمتها بعد موته كما لو أعتقها (قوله أو كل يوم واحدة) يعنى لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه من ضرورات

واضح وقوله (وصار كالمريض مرض الموت) يعنى فى لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة فى المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج باربع نسوة) يعنى يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن فى عقد واحد أو فى كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (لما بينا) يعنى قوله لانه من ضرورات النكاح قال

(قوله والباقى على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله (قوله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أى ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها تزول بالموت (قوله لانه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل

وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة فى الحجر عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة فى البر والاحسان والمذمة فى التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) والاصل فى هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر فى اسقاط شئ من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيأ من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله فى القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيأ الا فى الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما فى تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر فى منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة

المقر له والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أى ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعنى ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير (لانه) أى كل واحد (مما يجب بفعله) اذا لسبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فانى يصح مع القدرة عليها أجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام)

قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضى يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كى لا يصرفه فى غير وجهه وفى النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحناه هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضى النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج) كى لا يتلفها فى غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنه لا يجزئه غيرها وهى جزور أو بقرة

على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المجرور راجع الى حق الهازل فى قوله لا فى حق الهازل فالمعنى والذى يصح فى حق الهازل أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر فى الكتاب فانه انما يصح فى حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى

النكاح وبهذه المسئلة احتج أبو حنيفة رحمه الله أنه لا فائدة فى الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا الطريق بان يتزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فتأخذ المرأة منه ذلك المقدار جبرا فيتلف ماله بهذا الطريق اذا عجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا أضر له من اتلاف ماله بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة فى البر والاحسان والمذمة فى التزوج والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق (قوله بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم) لان يده مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون له دين على انسان أو غصب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه فله أن يكفر بالصوم (قوله ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا وفى القياس لا يعطى له نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا فى فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا (قوله ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف) القارن يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه أفضل وكان ابن عمر رضى الله

واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو أراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدى اذا أصلح

(قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتقانى لكنهما يقولان السفيه ليس بمعتاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس فى الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول أن تحقق غرض لكنه محصور ولا يتصور فيه المجاوزة حده والسفه مجاوزة عن الحد فى كل باب أو يقال بانه لا يمكن رده بقدر السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والجاد فى هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلاق) أقول لعسيلة النساء (قوله فلا يلزم اقراره شيأ الا فى الولد الخ) أقول فى غاية البيان ثم لا يصدق السفيه فى اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا فى أربعة أشياء فى الولد والوالد والزوجة والمولى

(فان مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبا تكون فى المرض فان السفيه الصحيح اذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس ينفيها كما لو تبرع فى حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال فى أمر دنياه وحينئذ لا نظر له فى المانع وانما النظر له فى اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفى تنفيذها ذلك (وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى) فمن ذلك ما قال ان الذى بلغ سفيها والصبى الذى لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا فى أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولوصى الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ولا يجوز

تصرف الاب ولا وصى الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثانى أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبى العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبى العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذى لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره) وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره (قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارئ سواء وقال الشافعى رحمه الله يحجر عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر له فى ماله فاذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية) نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن أصلح فى ماله فقد أونس منه رشد (ولانه أهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) يعنى فى أول كتاب النكاح (ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى على من ليس بسفيه لكنه متغفل) يعنى فى التجارات (ولا يصبر عنها السلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له) واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على

قال (فان مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلثه) لان نظره فيه اذ هى حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارئ سواء) وقال الشافعى يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما فى السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له

(قوله ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة) قال فى النهاية وفى المبسوط فقوله تعالى رشدا منكر فى موضع الاثبات والنكرة فى موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا أوجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أئمتنا فى هذه المسألة على الوجه المذكور فى الكتاب وفى المبسوط ينتقض بقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى السفيه المصلح فى دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد فى دينه فتتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والاظهر فى تقرير استدلال أئمتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما فى الكتاب وشرحه على وفق ما فى المبسوط حيث قال ولان الرشد فى المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد فى الدين مرادا كى لا تعم النكرة المطلقة أو لان الدفع متعلق بايناس رشد واحد لانه نكرة فى موضع الاثبات فلا يكون الرشد فى الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر (قوله ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف) أقول يرد النقض بالسفيه المصلح فى دينه دون ماله على قولهما لا محالة لان الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغى أن يكون واليا للتصرف أيضا غير محجور عليه كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات الخ) واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ

عنه يقول لا يجزيه الا بدنة وهى بقرة أو جزور فهو اذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف وأخذ بالاحتياط فى أمر الدين وأراد أن فعله أقرب الى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه (قوله وقد أونس منه نوع رشد) وهو الاصلاح فى المال فتتناوله النكرة المطلقة وهى فى قوله تعالى وان آنستم منهم رشدا والنكرة فى موضع الاثبات تخص واذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ولان الرشد فى المال مراد اجماعا فلا يكون الرشد فى الدين مرادا كيلا يعم النكرة المطلقة أو لان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة فى موضع الاثبات فلا يكون الرشد فى الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين (قوله بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات) فان قيل ينبغى أن لا يحجر لان النبى صلى الله عليه وسلم ما حجر على حبان

العتاقة وان كانت المفسدة امرأة فانها تصدق فى ثلاثة أشياء بالولد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله الا فى أربعة مواضع) أقول يعنى سوى الوصية حيث علم حالها (قوله نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستندا بانصراف المطلق الى الكامل (قوله ومن أصلح فى ماله الخ) أقول وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل فما ذكراه ينتقض به فتأمل

(فصل فى حد البلوغ) قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبى حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبى حنيفة وهو قول الشافعى وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض فى أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبى وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث نشوءهن

حبان بن منقذ وكان يغبن فى التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم قل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام وأجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع فى الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم *(فصل فى حد البلوغ)* البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ

(قوله ورد بان ذلك لمنع المال) أقول ويجوز أن يقال يفهم منهما الحجر أيضا بطريق الدلالة والا لم يفد المنع *(فصل فى حد البلوغ)* قال المصنف (فيبنى الحكم عليه للتيقن به) أقول فيه بحث

وكان يغبن فى التجارات بل قال له قل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام فاثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر وأجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع فى الحجر انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اه (أقول) ويجوز أن يرد هذا أيضا بان الحجر أبلغ من منع المال فى العقوبة كما مر فى دليل أبى حنيفة على عدم الحجر على السفيه فانى يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لان غالب السفه فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا فى دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما وقال الشارح العينى بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان فى حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور فى البيوع المطلقة فافهم اه (أقول) ليس ما قاله بشئ اذ لا شك انه لا حجر فى الحديث المزبور على حبان فى شئ بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار فى البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور فى البيوع المطلقة يشعر باعترافه أيضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة فى شئ فلا يجدى ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه فى البيوع المطلقة أى فى البيوع التى لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها فى دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعى أن يحجر القاضى على المغفل فى بيوعه مطلقا أى سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه ان الحجر على المغفل فى بيوعه التى شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث حبان بن منقذ

(فصل فى حد البلوغ) البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به) أقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به فى بلوغ الصبى رشده انما هو أكثر ما قيل فى أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل

ابن منقذ وكان يغبن فى التجارات قلنا ما الحق المغفل فى التجارة بالسفيه بدلالة النص اذ الحكم فى السفيه ثابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لم يعارضه خبر الواحد والله أعلم بالصواب

(فصل فى حد البلوغ) (قوله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا) وفى الكافى للعلامة النسفى والسن الذى يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا اليه خمس عشرة سنة عند أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى (قوله وهذا أقل ما قيل فيه) أى فى الرشد وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة (قوله فبنى الحكم عليه للتيقن به) فان قيل ينبغى

والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شئ من ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رحمه الله وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ماقيل فيه لان بعضهم

قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه (قوله واذا راهق الغلام أو الجارية) يقال رهقه أى دنى منه وصبي مراهق أى دان للحلم (وأشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين) والله أعلم

(باب الحجر بسبب الدين)

الدين أيضا من أسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلاجرم أخر تأخيره وينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ وأن يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوزه

وادراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة قال (واذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

(باب الحجر بسبب الدين)

(قال أبو حنيفة لا أحجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لان

في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ماقيل في أشده بلاريب ثم اني لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا أول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ماقيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لابد أن يمد الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فيبني الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ أشده فبمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثماني عشرة في مده الى أقصى ماقيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ماقيل فيه فيبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

(باب الحجر بسبب الدين)

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وماقبله بالحجر للفساد اما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان أبا حنيفة لا يرى شيأ منهما واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ماقبله بمنزلة المركب من المفرد فلاجرم أخر تأخيره عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين واذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لان

ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا أول الآية ولا تقربوا مال اليتيم ان الله مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ماقيل في تفسيره ثماني عشرة سنة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لابد وان يمتد الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليه فيبنى الحكم عليه (قوله لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة) أى زدنا سنة في حق الغلام ليوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوى مزاجه (قوله واذا راهق الغلام والجارية) يقال رهقه أى دنا منه رهقا ومنه اذا صلى أحدكم الى سترة فليرهقها وصبي مراهق دان للحلم كذا في المغرب والله أعلم بالصواب

(باب الحجر بسبب الدين)

في

(باب الحجر بسبب الدين)

في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لاعن تراض فيكون باطلا بالنص

في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوزه لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب ماقبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد وأشار اليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى *ثم أقول يمكن توجيه ماعليه النسخ الآن بوجوه الاول أن يحمل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على أهلية المديون لا على اهدار أهليته وبالادنى على المال نفسه لا على ضرره يرشد اليه أنه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف ولاشك أن كون اهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أى أشرف وكون المال أدنى أى أخس فان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لامحالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضررا يقابله قلت تطبيق ما في الموضعين في خير المراد غير لازم فان علو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره فجاز أن يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ماهو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى أى لاجل دفعه ومجيء الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه وتركنا عليه في الآخرين أى أبقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها أولا اذ البقاء فرع التحقق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان رأسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لانسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم أهل الكتاب وفي قوله تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في أكثر كتب النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شئ قلت ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة والا لكان عذرا للكفار وعد منها أيضا قوله تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على أهل قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى فيلزم أن لا يتحمل شئ من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الاعلى عند تيسر الضرر الادنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه

لان فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لاعن تراض فيكون باطلا بالنص

(قوله فلا يترك الاعلى للادنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وانما يكون الاول أعلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الاهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لاعن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض

ابن جنى قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه أبعد الوجوه التى ذكرنا التوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة مالوحظ من الاحتمالات فى توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المدبون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى لو كانا فى شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة والحبس ضرر يلحق المدبون مجازاة شرعا ولولم يكن أعلى ماانذفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المدبون أعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما فى شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقريره ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة وهى أن الاعلى من الاعلى من الشئ أعلى من ذلك الشئ ولاشك ان هذا القياس يقتضى كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا فى شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن لما كان فى المقدمة الثانية من القياس المزبور وهى قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس ولولم يكن الحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان * ثم أقول فى الجواب بحث أما أولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة فى حيز المنع لجواز أن يختار المدبون الحبس أبدا ولا يوفى حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانيا فلان الحبس لو كان أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبى حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لايتحمل الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى كما هو الاساس فى اثبات مذهبه فى هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند أبى حنيفة ويمكن أن يجاب عن الاول بان اختيار المدبون الحبس الابدى مع قدرته على أداء الدين بعيد جدا غير واقع فى العادة الا بغاية الندرة ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثانى بان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المدبون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف فى فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلابد من ظهورها وأشار اليه الشارح المذكور فى أثناء الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المدبون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب والا فلا مدخل لها أصلا فى اثبات المقدمة الممنوعة فى السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لالمجرد دفع هذا الضرر الذى هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبى حنيفة لايتحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه اه فبقياس المقدمة المذكورة فى الجواب القائلة ولولم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن يقال ولولم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة أيضا فيعود انتقاض قوله لايتحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتى وهو المراد بقول المصنف فيما بعد دفعا لظلمه لاظلمه الماضى اذ لامجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانه عرض لا يبقى والذى جعل الحبس جزاء له انما هو ظلمه الماضى واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضى مع دفع ظلمه الآتى ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضى كما لايخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لايتحمل الاعلى لدفع الادنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به فى فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم

ولكن

(ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

يثبت بنص فيجرى فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لايقال الحجر بسبب الدين أيضا ثبت بالنص وهو ماروى ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر فى البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين فى هذه المسئلة لانا نقول أجابوا عنه فى تلك الكتب أيضا من قبل أبى حنيفة بان بيع النبى صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان بالنبى عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن بيع ماله لايجوز حتى يأمره ويابى ولا يظن بمعاذ رضى الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فى البدائع مع ماروى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته اه فظهر أنه لانص يدل على جواز الحجر بسبب الدين وتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التى وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا أنى قد ابتليت فى زمان من الازمان بان أمتحن مع بعض من عد من الاهالى والاعيان لاجل بعض من المدارس فى يوم واحد من كتب ثلاثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان فى هذا المقام على أن تكون كلمة لو فى قول صاحب العناية فى الجواب ولولم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وصلية فجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين الذين كانا حكمين فى ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) أقول يرد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورد صاحب العناية على نظيرها فى أوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضا بما وجهنا به عبارته هنالك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كى دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه أبدا ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة فى الجمع أصلا اذ المسامحة انما هى فى الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لايخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراء المسامحة فى الجمع تأمل تقف (قوله وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه) أقول لقائل أن يقول لايجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغنى أيضا عندهما انظار الغرمائه بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته فى حق الغنى دون المفلس كما لايخفى على الفطن فذكر المفلس فى وضع المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر فى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لايصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق فى حالة الحياة فيمكن للقاضى القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند أبى حنيفة رحمه الله الافلاس فى حال الحياة لايتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبى حنيفة كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس فى وضع المسئلة فى الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول لما ذكر فى الكتاب فى تضاعيف بيان المذهبين فى هذه المسئلة وتقرير دليلهما كقوله فى مذهب أبى حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله فى مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم وقوله فيه أيضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على أن ليس مدار ما فى الكتاب على اختيار

ولكن يحبسه حتى يبيعه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقال اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

قال المصنف (ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه) أقول فان قيل الحبس أيضا بعدم الرضا كما سبق فى الاكراه فلا يصح البيع قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون اكراها على البيع فليتأمل قال المصنف (ودفعا لظلمه) أقول فان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم

ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (و باع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق

قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به اما من يدعي الافلاس فيتناول الغني أيضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يؤدي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة (قوله ويمنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلحها بتصرف لكان أصلح كما لا يخفى

(قوله لانه عساه يلجئ ماله) بان يواضع أحدا على أن يقر له بالمال عند الناس ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال فيفوت حق الغرماء أو يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده (قوله كما في الجب والعنة) المجبوب اذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه في التفريق والعنين بعد مضي المدة اذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه أيضا في التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين الى آخره) هذا جواب عما قالا البيع مستحق عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين باي طريق شاء وأراد لا لاجل البيع كما زعما كيف ولو صح البيع من القاضي مال المديون لكان الحبس اضرارا في الدائن بتاخير حقه الى زمان تحقق امتناع المديون عن البيع وفي حق المديون بتعذيب الحبس فوجب أن لا يكون مشروعا اذ حبس المديون ما شرع الا لنفع الدائن والحبس مشروع اجماعا فدل ذلك على أنه ليس للقاضي ولاية البيع وهذا لا ينقلب لان حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشتمل على ضرر الدائن بتاخير حقه لان للمديون ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي وفي الذخيرة فمن مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لان من شرطه صحة الحجر على المديون القضاء بافلاسه أولا ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يكون قضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس والحجر بناء عليه وعند أبي حنيفة رحمه الله الافلاس في حالة الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا والحجر بناء عليه ومنهم من جعل المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس والدليل لابي حنيفة رحمه الله أيضا في اثبات مذهبه قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له أن يفعل ما لا يحل هذا الظاهر والمعنى فيه أن بيع المال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عند امتناعه كما أن القاضي لا يؤاجره ليقضي دينه من أجرته وكذلك اذا وجب الدين على المرأة فان القاضي لا

كيف

ومنعه التصرفات (وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التلجئة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الجب والعنة) فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين)

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق آنفا من قوله ولكن يحبسه حتى يبيعه في

جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لاجله أي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أي كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (ويباع في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظرا فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لانه مشاهد لا مرد له) بخلاف الاقرار فان سببه محتمل

كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترقا (ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي) لان به كفاية شمس الائمة الحلواني لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال (فان أقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة

(قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ أقول ما ذكروه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر (قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اهـ أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على

تزوجها ليقضي الدين من صداقها (قوله بخلاف) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حال الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر الذخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه أو بشهادة شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر

دينه والامر هين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون) أقول فيه بحث

وقوله (وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه) لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين ألا يرى أنه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة لكان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احترازا عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب

في السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب المدبون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شئ يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله (يقسم بينهم بالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون في حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فله أن يقضي ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم

كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا أن يقيموا

معناه الحقيقي كما مر نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله يأبى ارادتها قطعا وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجيهين الذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لامر يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلي سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظرة الى الميسرة تعليل لذلك وأقول كان الاولى والاظهر أن يقدم المصنف قوله الى أن قال على قوله وقد ذكرناه هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى أن قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله الى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم

(قوله ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له خادم أخرجه) وعن أبي يوسف أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء (قوله قوله والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح) وقال بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا الى الجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فانه اذا فضل منه يصرف ذلك اليه والاصح أنه يمنع ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه (قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه) لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان فوجه التمسك به هو أن الحديث مطلق في حق الزمان

(البينة

بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار تترجح) اليسار اسم للايسار من أيسر أي استغنى والاعسار مصدر أعسر أي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله (لانها أكثر اثباتا) لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلسه في موضع لانه حبس) وليس بمستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو في بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعي (ولو دخل داره لحاجته) كغداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل اذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق) والاشد (عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) اذا اشترى متاعا

البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غادو رائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا أن يقيموا البينة اشارة الا أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج) لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة أعني الدين

جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوهم لزوم الاستواء فيما أخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن

فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله (قوله وصار كالسلم) فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت

من رجل فافلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن) والعجز عن ايفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشتري مليا وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملئ فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في

(قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن مأجورات غير مأزورات (قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير في تلازمها راجع الى المديونة (قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو يملك به) أقول الضمير في قوله به راجع الى العقد

مقابلة النص فاسد فالجواب أنه معارض بما روى الخصاف باسناده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه
فهو أسوة غرمائه فيه وتاويل حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن المشترى كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ماذكرتم من الدليل ان صح
بجميع مقدماته لزم أن لا ينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين فى الذمة

و بقبض العين تحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا فى موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى للعين حكم الدين والله أعلم

(كتاب المأذون)

ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اه ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتامل اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة فى صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ فى غير عقد المعاوضة أيضا ولم يقل به أحد فالمدار فى تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافى وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعى وغيرهم والله أعلم

(كتاب المأذون)

خيار الفسخ لرب السلم مع أنه عجز عن تسليم شئ هو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين فى الذمة وبانقطاع المسلم فيه ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشترى بالافلاس عن تسليم العين يوجب حق الفسخ للبائع وان لم يكن العين مستحقا بالعقد ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد اذ المستحق بالعقد وصف فى الذمة و بقبض العين تحقق بينهما مبادلة حكمية والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طريقا متعينا لدفع ضرره والوصول الى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به أو يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد وبخلاف السلم لانه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين فى باب السلم أعطى له حكم الدين الواجب فى الذمة لان الاستبدال فيه ممتنع شرعا فكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ذلك

(كتاب المأذون)

الاذن الاعلام لغة وفى الشرع فك الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق حق الغير بهما وانه بالاذن أسقط حقه فعاد متصرفا بمالكيته الاصلية وأهليته لنفسه وهذا لانه أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرفات كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق فصلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر و بالرق لا يخرج من أن يكون بشرا الا أن ذمته ضعيفة بالرق فلا يجب المال فيها الا شاغلا مالية الرقبة وهى حق المولى فحجر عن التصرف لحق المولى كيلا يبطل حقه بلا رضاه فقد أسقط حقه فعاد العبد متصرفا بمالكيته الاصلية وفى الذخيرة وانما قلنا ان العبد متصرف بحكم مالكيته الاصلية لان تصرفات العبد تبتنى على الشراء لان أول تصرف

وهى باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هى ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن أداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله و بقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة تقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث انه ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا (هذا هو الحقيقة) أى تحقق المبادلة هو الحقيقة فى قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق

بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة فى مقابلة ما فى الذمة عين ما هو فى الذمة فكان العجز عنه عجزا عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب *(كتاب المأذون)* ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر

(كتاب المأذون)

الاذن الاعلام لغة وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا أيضا ذكرا وما التناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أر قط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجىء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن راجع كتب اللغة نعم قد وقع فى كلام كثير من المشايخ فى كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا فى التفسير فعبروا عن معنى الاذن من أذن له فى الشئ اذنا أى اباحه كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الاعتناء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال أما اللغة فالاذن فى الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من أذن له فى الشئ اذنا اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعى حيث قال فى التبيين والاذن فى اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال فى فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام اه فان مدار ما ذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر فى تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ أى شئ كان اه (قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) قال فى غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال فى النهاية أى أذن المولى لعبده فى التجارة اسقاط لحق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه و بالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال فى العناية فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق فى رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه و بعد الاذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها اه وقال فى الكفاية وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه اه فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته و بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولى ان كان صبيا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافى كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلا فممنوع كيف وسيأتى أنه اذا لزمته ديون تحيط بكسبه و رقبته

يباشره العبد بعد الاذن فى التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد فى الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف فى حقه وهو ذمته بايجاب الثمن فيها لان الثمن يجب فى ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد بحيث لو امتنع عن ادائه فى الحال يحبس وذمته خالص حقه ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان أكذبه المولى واذا ثبت ان محل الشراء خالص حقه كان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته فى الاحوال كلها قبل الاذن و بعده ولكن شرطنا الاذن لا لنفاذ تصرف العبد وصحته بل لمعنى آخر وهو أن يصير المولى

(وهو فى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه

(قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) أقول لا يخفى عليك أن اذن الصبى والمعتوه ليس فيه اسقاط الحق وسيجىء تفصيله ثم اعلم أن قوله واسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلابد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم تحط بهما ديون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية ألبتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها اه وقد اقتفى أثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه (أقول) كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثرا مترتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطأة ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة ولا التوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال وأما حكمه فملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا أشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما له الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه أجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات ففي اختار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول (أقول) فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك

راضيا بالضرر بتصرف العبد لان تصرف العبد لا ينفك عن شغل رقبة العبد وكسبه وهو معنى ما قاله

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه (فلابد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه) فقوله واسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر جواب واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ

عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح المصنف كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله (ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الاهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك أجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل فيه وذلك قد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه أسقط حقه والساقط لا يعود أجيب بان الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط لا يعود (ثم ان الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة

لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك له يدا ورقبة فان الرقيق اذا كان مالكا بيده فكيف يكون مملوكا كالمولاه يدا في صورة ان كان قنا أو مدبرا وان أراد وا أن له ملك اليد باهليته المكتسبة من مولاه بالاذن أو الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه باهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) قال في العناية وصحح المصنف كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو ايجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضي شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى أن الاصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمة وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء اه (أقول) في كل من ايراده وجوابه سقامة أما في الاول فلانه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الاساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك ايجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلانا بصدد اثبات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه باهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التاقيت) قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز

وانحجاره عن التصرف أي قبل الاذن لحق المولى (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته (قوله ولهذا لا يقبل التاقيت) أثر كون الاذن اسقاط الحق (قوله لان الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق) فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر

(قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة الخ) أقول قال صاحب الهداية في أول الوكالة ان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء وعبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما (قوله وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أقول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم ان قوله وهذا اشارة الى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما اذا رأى عبده يبيع) من ماله شيئا (و يشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه لكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون اذنا فما الفرق أجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكوته اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال أن في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبي باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

كما اذا رأى عبده يبيع و يشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبي باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشئ ما هو خارج عنه مباين له وان كان أثرا مترتبا عليه وتعريف الشئ ما هو محمول عليه بالمواطاة متحد به في الذات فاني يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظيره هذا ما حققوا في فنه من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبي باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الامام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان في فتاواه اذا رأى عبدا يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول) كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره و بين ما ذكره قاضيخان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر أن مراد الامام قاضيخان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا

بعده لانه أسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن

(قوله اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى وله لذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول لما اذا كان لحوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضا متوهما فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التامل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندي أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لأجل دفع الضرر وحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا

لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيبايعه فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عينا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع و يشترى ما بدا له من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أي بيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولأبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث ومن المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث فابو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبي) اذا أذن له

لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيبايعه فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع و يشترى ما بدا له من أنواع الاعيان لأنه أصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون

المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هنالك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عينا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتبرات قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهاه فيصير ماذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير ماذونا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير ماذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع و يشترى ولم ينه عن ذلك يصير العبد ماذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشترى شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد ماذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيبايعه فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذ

الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لا لان الساقط يعود (قوله فيعاقده فيتضرر به) أي فيما اذا لحقه ديون ثم قال المولى ليس بماذون تتأخر الديون الى ما بعد العتق ولا يدرى متى يعتق وهل يعتق أم لا فيكون فيه اتواء حقهم فاذا رآه يبيع و يشترى ولم ينهه يثبت اذنه اذ لو لم يكن راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام عند أمر يعاينه عن التغيير والنكير وسكوت البكر والشفيع بخلاف ما اذا رأى انسانا يتلف ماله أو يبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت ولم ينهه عن البيع لا يصير اذنا له في البيع وكذلك اذا رأى عبده يتزوج أو رأى أمته تزوجت فسكت لا يصير اذنا لهما في النكاح لان الضرر في هذه الصور متحقق في الحال وضرر المولى في ثبوت الاذن اذا رأى عبده يبيع ويشترى متردد قد يلحقه وقد لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به يتضرر الناس في معاملاتهم (قوله في سائر التجارات) أي في جميعها (قوله ومعنى هذه المسئلة أن يقول أذنت لك في التجارة ولا يقيده) أي ولا يقيد الاذن بنوع من التجارة فحينئذ يكون ماذونا في جميع التجارات بالاتفاق أما لو قيد بنوع منها بان يقول أذنت لك في التجارة في البحر يكون ماذونا أيضا عندنا في جميع أنواع التجارات خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فكان فائدة ذكر معنى المسئلة نفي الخلاف لا أن لا يكون ماذونا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها (قوله ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس) لانه محلى بالالف واللام وهم

(ولو حابى فى مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقى) لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما فى الحر

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفى ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار فى الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان اهـ واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اهـ (أقول) ليس هذا بوارد لان المعامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به فى الكافى وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا لم ينه علم أنه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما فى سكوت النبى عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اهـ فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهلا تكون النظائر لما عامله دون خلافه * ثم أقول بقى شئ فى تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال فى العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق أجيب بان الضرر فى التصرف الذى رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بالسكوت وليس فى ثبوت الاذن فى غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا

لاستغراق الجنس حيث لم تسبقه معهود يتقيد به فيستغرق جنس التجارات (قوله ولو حابى فى مرض موته يعتبر من جميع المال) هذا اذا كان مولاه صحيحا أما اذا كانت المحاباة فيه فى مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيه أو بما لا يتغابن فيه جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى سواء كان ذلك فى البيع أو فى الشراء لان العبد بانفكاك الحجر عنه بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا فى قول أبى حنيفة رحمه الله حتى لو باشر فى صحة المولى كان صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر ذلك من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والفاحشة فى ذلك سواء فكذلك اذا باشر العبد وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فاما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالاذن له فى التجارة حتى لو باشره فى صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين محيط برقبة العبد وبما فى يده أو لا مال له غيره فحابى فى مرض المولى لم تجز محاباة العبد بشئ لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشترى ان شئت فانقض البيع وان شئت فأد المحاباة كلها لانه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو به فيخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما فى يده فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحاباة وان كانت على الغرماء فانما هى من مال المولى كذا فى المبسوط (قوله ولا وارث للعبد) ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا أسقط حقه فى

أبوه فى التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبى حنيفة (ولو حابى العبد المأذون فى مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع ما بقى) يعنى يؤدى دينه أولا فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو أسقط الوارث حقه فى الثلثين لنفذ تصرف المريض فى الكل (وان كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة فـ(يقال للمشترى أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما فى الحر

يعنى اذا حابى فى مرض موته (وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة وعلك أن يتقبل الارض) أى يستأجرها (ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شئ بخلاف

(وله أن يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرتهن) لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء (ويملك أن يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه فى أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه (وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله أن يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للشافعى وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره فهو مأذون فى جميعها) وقال زفر

بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبى ماله وفى الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك ملك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال أن فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا اهـ (أقول) كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر اذ لا كلام فى أن كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو فى أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا اذ لا شك أنه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل أن يكون سكوته اذنا فى صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها

الثلثين فانه ينفذ تصرف المريض فى الكل (قوله وله ان يسلم ويقبل السلم) أى وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه (قوله ويملك ان يتقبل الارض) أى يستأجرها (قوله وله أن يشارك شركة عنان) قيد بالعنان لانه ليس له أن يشارك شركة مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها الا أن المفاوضة ان كانت لا تصح مفاوضة تصح عنانا لان فى المفاوضة عنانا وزيادة فصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ثم شركة العنان انما تصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة أما لو اشترك العبدان المأذون لهما فى التجارة شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة عن صاحبه وليس فى النقد معنى الكفالة عن صاحبه فيصح بقدر ما يملك ولا يصح بقدر ما لا يملك كما لو شارك شركة مفاوضة صح عنانا لذلك (قوله وله أن يؤاجر نفسه عندنا)

الاستئجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجئ فكذا هذا (وله أن يشترى طعاما فيزرعه فى أرضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله أن يشارك شركة عنان (وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان فى المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فى أحد قوليه (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائبا عن مولاه فى التصرف فى كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (و) ما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب (يملك التصرف فيه) ضرورة والمأذون يملك التصرف فى نفسه والتصرف فيها اما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها بالاجارة لا جائز أن يكون من حيث ذاتها لانه يعود على موضوعه بالنقض فانه ما أذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود قال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الاذن عندنا فك الحجر

والشافعى لا يكون ماذونا الا فى ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر لهما أن الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته و يثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف فى مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان

وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذى طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه فى أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله فى النظر وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر) يعنى اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهى عن التصرف فى نوع آخر منها بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون ماذونا فى جميع التجارات خلافا لزفر والشافعى كما ذكر فى الايضاح ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية فى هذا المقام وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع اه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر فى قول المصنف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر ويأبى ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا كيف ومسئلة الاذن العام قد مرت مع متفرعاتها فى الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن فى نوع خاص فلا معنى لخلطه حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه اسقاط الحق بجملته وفك الحجر بذمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح

خلافا للشافعى رحمه الله لان عنده المأذون نائب عن المولى وهو انما جعله نائبا فى التصرف فى كسبه ومنافع يده ليست من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه ان رقبته ليست من كسبه لانه لا يملك بيعها ولا رهنها بدين عليه وما ليس من كسبه فهو لا يملك التصرف فيه بالاجارة * وأما عندنا الاذن فك الحجر عن المأذون بمنزلة الكتابة وللمكاتب أن يؤاجر نفسه فكذلك للمأذون ولا يقال الكتابة يتعلق بها اللزوم والاذن لا لانا نقول ان محل التصرف لا يختلف بكونه لازما أو غير لازم كالبيع مع الهبة فان محل التصرفين واحد وهو العين وان كان أحدهما يلزم والآخر لا يلزم ونحن انما شبهنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر ثم انفكاك الحجر يثبت له اليد على منافعه فيملك الاعتياض عنها كما يملك المكاتب ولما كان للمأذون ان يعير غيره بمنافعه فلأن يكون له ان يؤاجر نفسه أولى لان الاجارة أقرب الى مقصود المولى من الاعارة وما ذكر الشافعى رحمه الله ينتقض بالحر فانه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه (قوله ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) اشارة الى ما قال فى كتاب المأذون وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق لانه بعد الرق بقى أهلا للتصرف ولا يلزم ان المولى اذا أذن لعبده فى نكاح امرأة بعينها ليس له ان يتزوج غيرها مع ان الاذن فك الحجر لان النكاح ليس نظير التجارة لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه ولا صحة له الا بولى اما بولاية نفسه أو غيره عليه والرق يخرجه من ان يكون أهلا للولاية على نفسه فكان نائبا عن المولى فى النكاح ولهذا قلنا ان المولى يجبره على النكاح وتصرف النائب على قدر انابة الاصل (قوله بخلاف الوكيل لانه يتصرف فى مال غيره) قال الوكيل بالبيع يتصرف فى مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف فى ذمة غيره لانه يثبت له حق الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر فصار نائبا وتصرف العبد يلاقى محلا هو ملكه والمتصرف فى ملكه لا يكون نائبا عن غيره بيانه ما ذكرنا ان أول التصرف بعد الاذن الشراء لانه لا يملك شيأ ليبيعه وبالشراء يلزم الثمن فى ذمته وهى مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب فى ذمة عبده (قوله وحكم التصرف وهو الملك) أى ملك اليد واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة

واسقاط الحق وعند زفر والشافعى رحمهما الله أنه توكيل وانابة وعلى ذلك تبنى هذه المسئلة وهى أنه اذا أذن له فى نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره (كان ماذونا له فى جميع أنواعها عندنا وعندهما فى ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أى للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب) اذا قال له رب المال اعمل مضاربة فى البز مثلا (ولنا أن الاذن باسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) فى أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص

ان

اذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن فى النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بان الاذن فيه تصرف فى ملك نفسه لا فى ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولى والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة فى البز دون الخز أجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة رضى الله عنه يدفع ذلك و بالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف فى مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند أى لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين و النفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان أذن له فى شئ بعينه) اذا أذن المولى فى شئ بعينه مثل أن يقول اشتر هذا الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للاهل لم يكن ماذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان ماذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته و يؤاخذ بها فى الحال فلا يجترئ أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لان غالب استعمال العبد فى شراء الاشياء الحقيرة فلابد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو أنه ان أذن بتصرف يتكرر صريحا مثل أن يقول اشتر لى ثوبا و بعه أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة كما اذا قال أد الى الغلة كل شهر أو أد الى ألفا وأنت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء ما لا بد له منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمر مولاه ببيعه فانه اذن فى التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والاذن بالاول دون الثانى فتأمل

له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال (وان أذن له فى شئ بعينه فليس بمأذون) لانه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الى الغلة كل شهر كذا أو قال أد الى ألفا وأنت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا

هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سيأتى فى الكتاب وان أريد أنه اسقاط الحق وفك الحجر فى بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه فى جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون ماذونا له فى جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك الحجر فى بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه ماذونا له فى جميع أنواع هذا الجنس لا فى جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل أن يقول ان أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدى طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف

وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه واذا كان الاذن من المولى اسقاطا لحقه لا انابة للعبد مناب نفسه فى التصرف فلا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما اذا رضى المستأجر ببيع عبده من زيد دون عمرو أو سلم البائع المبيع الى المشترى قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه اسقاط لحق المنع (قوله ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة) قيد به لانه انما يكون استخداما اذا أمر بتصرف واحد أما اذا قال اشتر لى ثوبا فبعه يكون ماذونا (قوله لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام) فان كل من علم أنه لو أذن لمملوكه فى شراء بقل أو جد بفلس أو ما أشبه ذلك يصير ماذونا فى التجارة فبعد ذلك يصح اقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فيمتنع عن استخدام مملوكه فى ذلك فيفوت عليه مقاصده فى الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الاذن فى بعض الصور اذنا فى التجارة وفى بعضها جعلناه

(قوله اذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغى أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف فى ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفى الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بان الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعنى لا نسلم أنه فك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فما لم تظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا ملك له فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز) اقرار المأذون له بالديون والغصوب والودائع جائز (لان الاقرار بها من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهما من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاها فاقتضها فانه لم يصدق فيه (لانه كالمحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور قال (وليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالاذن (فكان كالاجارة وقالا الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار ونكاح الامة ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما يعني الاب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أمته لانه اكتساب لاستفادته المهر قال وما ذكره في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة روايتين قال (ولا يكاتب لانه

في الانواع قال (واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج مماليكه) وقال أبو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما أن الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال (ولا يكاتب)

وهلا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو وأن يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بتام اذ لقائل أيضا أن يقول انما يكون التخصيص تصرفا في ملك الغير أن لو أطلق الاذن أولا فيتحقق اسقاط الحق وفك الحجر عن الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيده أولا فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لاوله حكم مستقل ولآخره الذي هو قيده حكم آخر بل للمجموع حكم واحد يتم أوله بآخره فمن أين

استخداما فالفاصل بينهما اذا أذن له بعقود متكررة مرة بعد أخرى يعلم ان مراده الربح يجعل ذلك اذنا في التجارة كما اذا قال اشتر لي ثوبا وبعه لانه أمره بعقود متكررة وكذلك لو قال بع ثوبي هذا واشتر بثمنه كذا يصير مأذونا في التجارة واذا أذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك اذنا في التجارة بل يعتبر استخداما كما اذا قال اشتر لي ثوبا للكسوة لانه أمره بعقد واحد فلا يكون هذا اذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل (قوله بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة) كما لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح جائز وفاسد أو شبهه فان اقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار اقراره فيها واقرار المحجور سواء (قوله وعلى هذا الخلاف) الى قوله والاب والوصي ففي هذه الرواية نظر لانه أشار قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هنالك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أمته لانه اكتساب لاستفادته المهر وما ذكر في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وذكر في باب نكاح العبيد من نكاح المبسوط واذا زوج الاب أمة ابنه وهو صغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج أمة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج أمته وكذلك المفاوض اذا زوج أمة من الشركة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب وذكر في نكاح اليتيمة ووصاياها الاب والوصي يملكان تزويج أمة الصغير ولا يملكان تزويج عبده فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان

لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قد ملكه) لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيرا أولا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا بطلت كتابته وان أجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر (ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو أنشأ العتق وجاز يضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤديه به كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض و بغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف) ضيافة المتاع يسيرة وقوله من الطعام

لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (الا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة

يلزم التصرف في ملك الغير تامل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز أجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولا فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي ان لا يجوز ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متصرفا باهليته ومالكيته لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك أن المتصرف باهليته ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير اذ لا اضرار في الاسلام وأما ثانيا فلانه يرد السؤال بطريق المعارضة على

(قوله الا أن يجيره المولى) فحينئذ يجوز اذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة وتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (قوله ولا دين عليه) قيد به لانه لو كان عليه دين كثير أو قليل فكتابته باطلة وان اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر كما لو أخذه من يده وعليه دين واذا لم يكن على العبد دين وكاتب عبده فادى المكاتب جميع المكاتبة قبل اجازة المولى لم يعتق لان ما أخذه ملك رقيقه والكتابة غير نافذة وان كان المولى أجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا والاول سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملكه فلا تنفذ اجازته واما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن لقيمته للغرماء والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستوفونها الدينهم لان ما أدى قبل الاجازة يتعلق به حق الغرماء والمولى بالاجازة كانه ابتدأ قبض القيمة وان لم يكن عليه دين محيط عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته كذا في المبسوط (قوله وترجع الحقوق الى المولى) وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (قوله ولا يعتق على مال)

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا) أقول قال الامام العلامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة على قوله من يأبى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو كثر) أقول فيه بحث (قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مديونا لا تجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر

استحلا بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجارة قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

ما ثبت بالدليل لا محالة والا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لان اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه أجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة ان امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ للسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم

لانه لا يملك الكتابة مع ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فاولى ان لا يملك الاعتاق على مال لانه اعتاق في الحال (قوله لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه) اشارة الى قوله استجلابا بالقلوب المجاهزين (قوله يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي وهذا لا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الدين لو كان على المولى وقد امتنع عن قضائه كان للقاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه فاذا كان الدين على العبد أولى لان دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله ما لم يمرض مرض الموت وانما يشكل على أصل أبي حنيفة رحمه الله لان من أصله ان الحر اذا ركبه ديون وأمره القاضي بايفاء الديون ولم يوف وأراد ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس له ذلك بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان أبا حنيفة رحمه الله انما قال في الحر لا يبيع القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر عليه فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير اذنه كان حجرا عليه وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضا الغرماء لا ينفذ واذا كان محجورا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا فجاز وكان هذا بمنزلة التركة اذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي ان يبيع التركة على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حجرا على الورثة لانهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضا الغرماء فكذا ههنا فان قيل يشكل بيع الكسب

يشير الى أن اهداء غير المأكولات لا يجوز أصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس أن لا يصح شئ من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا بالقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار فكانه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به الى المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر قال (وديونه متعلقة برقبته) اذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للغرماء الا

الا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن

أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتامل (قوله الا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الا أن يفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة فاما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف الا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببها داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس وقال ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز أن يكون بيانا للثاني وان كان أسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شئ منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوي حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها

فانه يبيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك بيع العبد كالحر المديون فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضا العبد بل يحبسه حتى يبيع قلنا الجواب عنه ان أبا حنيفة رحمه الله انما لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما العبد فيرى الحجر عليه ألا ترى ان المولى يحجره فكذا جاز حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد المولى لم دون العبد ألا ترى انه لو ادعى انسان في رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما فاذا كان الخصم هو المولى يجز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يبيعه بالديون وان كان غائبا لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى ألا ترى انه ادعى انسان في كسبه حقا كان الخصم في ذلك هو العبد واذا كان العبد خصما في حق الكسب يشترط حضرة العبد (قوله الا أن يفديه المولى) أي يؤدي جميع الديون ولم يرد به أداء قيمته وهذا لان حق الغرماء هو الدين فاذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع (قوله وذلك في تعلق الدين بكسبه) أي تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة (قوله بخلاف دين الاستهلاك) فانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن يباع بدين

أن يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع) لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك أي غرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل للمولى وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيأ تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) بالاذن وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) اشارة

(قوله وهذا اشارة) أقول ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته

الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هـذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببها داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ وبيانه أن الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه وبزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هـذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى فان قيـل لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا أجاب بقوله (وينعـدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه) وفيه اشكال وهو أن المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله فى ملكه دافعا للضرر وأجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبـد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون البيع جابر المافات من العبد والظاهر أن (٢٢٤) الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح وذلك لانه لا تنافى

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء ايفاء

العبـد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبـد المحجور دين بسبب التجارة وأما فى حق ظهور وجوب الدين فى حق المولى فلخصوصية كل واحد منهـما مدخل لا محالة فبالحمـل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالحمل على المعنى الثانى فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبـد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين فى ذمة العبـد المأذون فى حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبتـه ومما يقرر المعنى الثانى تحرير صاحب الكافى دليلنا ههنا حيث قال ولنا أن هـذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قـد ظهر فى حق التجارة فتباع رقبة العبـد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره فى حق المولى فلان سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا فى حق المولى لا محالة واذا ظهر فى حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما فى دين الاسـتهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر فى حق المولى لعدم اذنه اهـ كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اهـ وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أى كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهى أى التجارة داخلة تحت الاذن اهـ (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذى وقع فيه الخـلاف لزفر والشافعى ولو كفى فى اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهى داخلة تحت الاذن لكان باقى المقدمات المذكورة فى دليلنا المزبور الاستهلاك فكذا بعده (قوله حامل على المعاملة) أى حامل للغير على معاملة المأذون وينعـدم الضرر فى

بينهما غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عـدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه أن يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر فى الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو فى معناه فى ملك المولى ودخوله فى ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه فى ملكه لا يخرجه عـن المقابلة والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشـترى الديون التى عـلى العبـد بالعبد ولو لم تكن مساوية لقيمتـه كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لحق لاختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثانى عام لكنه انما يسـتقيم على مذهبهما فان للمولى ملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجئ وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما قال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافى بينهما غـير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من

(قوله الى دفع الضرر) أقول يعنى الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته (قوله قيل وليس بواضح قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بغبن يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثانى عام لكنه انما يسـتقيم على مذهبهما الخ) أقول قوله الاول أراد به ما تقدم بتسعة أسطر تخمينا وهو قوله وأجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخمينا وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثانى أراد به ما تقدم باسطر وهو قوله بل الواضح الخ

الغائب غير متصور لان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيـه فان قيل ما وجه البيع على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضى العبد بغير أمر مولاه حجر عليه أجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين فى جواز أن يبيعها القاضى على (٢٢٥) الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه

لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله فى الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو فى معناها كالبيـع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كى لا يمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشترى (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ

مستدركة ولا يخفى أن العمدة فى اثبات مطلوبنا هذا انما هى قوله ظهر وجوبه فى حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هـذا فى قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين فى حق المولى لا غـير وهـذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام اذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهـم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم فى الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقى عليـه شئ من ديونه أى ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به اهـ كلامه (أقول) فى تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقى عليه شئ من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شئ من ديونه عليه فما معنى الشرطية وكان حق التحرير أن يقول فما بقى عليه شئ من ديونه طولب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شئ من ديونه طولب به بعـد الحرية فانه فى موقعه اذ لم يعين فيما قبـله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهـم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم

حقه أى فى حق المولى (قوله كالبيع والشراء) نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستئجار الى آخر نظير قوله أو بما هو فى معناها وصورة وجوب الدين بالبيع هو ان يبيع ويستحق المبيع والثمن هلك فى يده (قوله والاجارة) بان يستعجل الاجرة ثم هلك المستأجر قبل تمام المدة (قوله والامانات اذا جحدها) ذكر الامانات بعد ذكر الودائع لان الامانة أعم من الوديعـة ومن أنواع الامانات مال المضاربة والعارية والبضاعة ومال الشركة وهذه الاشياء عنـد الجحود بها تنقلب غصبا فكان الضمان الواجب بهـذه الاشياء ضمان غصب لان الامين يصـير غاصبا للامانة بالجحود (قوله وما يجب من العقر بوطء المشـتراة بعـد الاستحقاق لاستناده الى الشراء) فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب عليه العقر وسواء ثبت باقراره أو بالبينة (قوله كيلا يمتنع) يعنى ان المشترى اذا علم ان العبد الذى اشتراه يباع فى يده ثانيا بدون اختياره كما فى حق المولى بالاذن فى التجارة يمتنع عن شرائه فيمتنع البيع الاول حينئـذ فيتضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانيا (قوله أو دفعا للضرر عن المشترى) لان المشترى لم يأذن له فى التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو

لا بعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله فى الكتاب) يعنى مختصر القـدورى ومعناه ظاهر قال (ويقسم ثمنـه بينهم بالحصص) اذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم فى الثمن بقـدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقى عليه شئ من ديونه) أى ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين فى ذمتـه وعدم وفاء الرقبـة به) ولا سبيل لهـم عليـه قبلها لانه صار ملكا للمشترى والدين ما وجب باذنه فلا يظهر فى حقه (ولا يباع ثانيا كى لا يمتنع البيع) فان المشترى اذا علـم أن العبد الذى يشتريه يباع فى يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشترى) لانه لم يأذن له فى التجارة فلم يكن راضـيا ببيعه بسبب الدين فلو بيـع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذى يبدأ به والذى لا يبدأ به فالكسب الذى لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصـل قبل لحوق الدين أو بعـده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه فى الملك بعـد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ)

(قوله ولا سبيل لهم) أقول باخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به

فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك (وللمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الارض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذه قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلا وان أخذ شيأ رده لانه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقر وقبله للمولى لان في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذه لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده اما أن يكون شائعا أولا فان كان

الاول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيأ أخذه المولى وان لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك أي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى أن يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بمحضر من أهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور

(ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا الى أن يعلم بالحجر كالوكيل الى أن يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام أهلية الاذن في

حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعي يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لزفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون) لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في يده)

يفرغ فكان ككسب غير منتزع اه (أقول) قد أخل بحق المقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه في الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من

يبيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الاول فانه اذن له في التجارة فكان ملتزما بانه ضرر البيع على نفسه (قوله وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) أي للمولى أن يأخذ الغلة وهي الضريبة التي يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس أن لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا تحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منعناه عن أخذ الغلة لحجر عليه فينسد باب الاكتساب (قوله كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام) فان الذمي اذا أسلم ولم يعلم بوجوب الصلاة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والحربي اذا أسلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب (قوله وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء) هذا هو الاصل لانه اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد

عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وان كان الثاني بان لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى أو جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته حالة

(قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضا (قوله ومعناه له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعدما لزمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر الى قوله أن يأخذ قال المصنف (وان بايعه الذي علم بحجره) أقول لفظة ان للوصل

قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن) فان المولى اذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافي بقاءه أولى لان البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فان المولى لو أذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك أخذه بان يكون له بينة أو يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقا

(ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه) ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن منافيا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) اذا لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو أذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رحمهم الله حجرها بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر أن الانسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم)

المصنف رحمه الله قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الآبق محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بان وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل

فاذا كان كذلك فلا بد من قيام أهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء (قوله وصار كالغصب) معناه لو أذن المولى للعبد المغصوب يصح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فههنا كذلك وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل فقال وأما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا أو كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة فيصح الاذن فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن أيضا وان عاد العبد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكر محمد رحمه الله هذا التفصيل والصحيح أنه لا يعود كذا في النهاية (قوله لان الصريح قاض على الدلالة) لانه صريح بخلاف الدلالة وهي أن الانسان يحصن أم ولده في العادة وانما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فأما مع التصريح بخلاف العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عادة الا اذا صرح وقال لا تأكل فان قيل كيف يبطل اذنا صريحا بدلالة الحجر والشيء لا ينتقض بما هو دونه قلنا لا نسلم أنه اذن بها دمر يحابل هذا فرض منك ولئن سلم فبقاء الاذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان أقوى (قوله لما قررناه في أم الولد) وهو قوله لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء (قوله وان حجر على المأذون فاقراره جائز) بخلاف ما اذا بيع المأذون فانه لا يجوز اقراره فيما في يده بالاجماع (قوله فيما في يده) قيد به لانه لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده

قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) معناه ظاهر وانما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكميهما) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز) اذا حجر على العبد المأذون له فاقر بما في يده

(قوله وصار كالغصب فان المولى لو أذن لعبده المغصوب) أقول الاولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبقى الاذن على ما كان اذ لا خلاف في صحة

من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسره بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب فبين أن المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر له (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لاقراره اما الاذن أو اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر أما الاذن فلزواله بالحجر وأما اليد فلان الحجر أبطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بانا لا نسلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بان تاويلها اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فللمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بانه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لابطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد باقية حقيقة) وحكما أما حقيقة فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده وأما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل أن يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وأما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر بتبدل

من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل

(قوله لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن ياخذ الوديعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك فعلم بهذا أن ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن ياخذه من المودع ما لم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكر تاويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن ياخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الاولى (أقول) ذلك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع فان تاويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ما ذكره الامام الاستروشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التاويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن ياخذها بل انما ياخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية

قبل الاقرار (قوله من المال) قيد به لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالاجماع (قوله لان يد المحجور غير معتبرة) أي فيما هو من كسبه أو فيما عرف أنه من مال المولى واذا لم يكن كذلك فيده معتبرة ولهذا اذا استودع عبد رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن ياخذ الوديعة مأذونا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن ليد العبد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته ولكن لا اعتبار ليده في كسبه وفيما علم أنه للمولى وفي الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسب العبد فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن ياخذ

الاذن بعد الاباق حتى يحتاج الى دليل قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول يخالف لما سبق في المضاربة

وقوله (على ما عرف) اشارة الى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة قال (واذا لزمته ديون) اذا لزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشيء من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوي ألفا والمأذون أيضا يساوي ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فان ملك الاصل علة ملك الفرع (ولهذا يملك اعتاقها) يعني الرقبة (ووطء الامة المأذون لها وهذا) أي المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث أجاب بقوله (بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث) بايصال ماله الى أقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته (بل النظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك

بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال (واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين

وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقولهما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما ههنا لانا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بان ما في يده أمانة لغيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة المبسوط وتقرر بعد تاويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الحجر بان ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجيء في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا بصدد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان لذكر هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا ينبغي ذلك لمثل المصنف والوجه عندي أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المزبور يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما ما لم يفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العناية اذا لزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله

(قوله لانه يثبت الملك له نظرا للمورث) وهذا لان صرف اكتسابه الى أقرب الناس اليه نظر في حقه كيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا ومتى كان على الميت دين مستغرق فالنظر في ضده لان قضاء الدين فرض عليه وانه حائل بينه وبين ربه وأما ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار أنه يستفيد وقوع الملك له مع قيام الرق فيه وهذا المعنى قائم بعد الاذن وثبوت الدين ولابي حنيفة رحمه الله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد بعد الفراغ من حاجته كملك الوارث الا أن الكسب في الاصل ملك الكاسب وانما يخلفه غيره بعد فراغه عن حاجته ولهذا لو امتنع المولى من الانفاق عليه أمر العبد بالكسب والانفاق على نفسه وما فضل عن حاجته يرد على المولى وما قالا انه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فان ملك الرقبة موجود ولا يملك المولى أكسابه والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز أن لا يملك ذلك لمانع وهو حاجته الى قضاء دينه

(قوله فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعني المانع عن ثبوت الملك

للوارث وهو قضاء الدين لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق فى غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظر العبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابى حنيفة رحمه الله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ماقررناه) يعنى فى مسئلة تعلق الدين بكسبه (والمال الذى أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعنى كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة فى الموضعين لانعدام أهلية الملك فى المال فالميت ليس باهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه) فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفى الثانى يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه فى قولهم جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لايعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ماهو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه) وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز (واذا

بتركته أما ملك المولى فما ثبت نظر العبد وله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ماقررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لايعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ماهو المقصود من الاذن ولهذا لايمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال

ورقبته أولا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثانى أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم اه (أقول) لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذههنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون فى الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور فى الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذى هو كسبه فكانت الاقسام التى يمكن تحققها فى الشرع منحصرة فى الثلاثة فيما اذا لزمته ديون ولهذا لم يلتفت الى قسم آخر هو احتمال عقلى محض لا تحقق له فى الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه فى قولهم جميعا كما صرح به فى الكافى وسائر الكتب المعتبرة الا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ماذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثانى بعد ذكر الاول وما وقع فى عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذى ذكره المصنف ههنا هو حكم القسم الثانى من الاقسام الثلاثة المارذكرها فى التقسيم الذى نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ماذكر فى الكتاب من قبل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى مافى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة وقالا يملك مافى يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر فى الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال فى بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدا يساوى ألفا وهو يساوى ألفا وعلى الاول ألف درهم دينا فاعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز وان كان الدين ألفى درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز فى الوجهين جميعا اه (أقول) فى جواز عتقه عند أبى حنيفة فى الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين فى

لانه لما صار بمنزلة الحر فى حق التصرف والعبد والحر المديون لايستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين فكذا هنا (قوله وله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد) فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل لملك المال وشرط الخلافة تصور الاصل قلنا العبد ليس باهل الملك مستقر لكنه أهل لملك ينتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان العبد من حيث انه آدمى بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا لملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك أصلا فقلنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا بالشبهين (قوله وكذا عنده) أى فى قوله الاول وفى قوله الآخر لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفى حق التعلق لافرق بين القليل والكثير كما فى الرهن (قوله ولهذا لايمنع ملك الوارث) أى فى قوله الآخر

قال (واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المديون الذى لزمته ديون من المولى شيأ بمثل قيمته جاز (لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين) و يعلم منه أنه اذا لم يكن عليه دين لايجوز لانه ليس باجنبى (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أى سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه متهم فى حق مولاه) بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبى بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لاتهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بانه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو و بغيره قال فى النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله و بخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال و يجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى أى أنه يجوز فى كل حال أعنى اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة و بيع المريض من وارثه لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله فى كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تاباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقرير كلامه هكذا وان باع من المولى شيا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لاغير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع و يخير المولى ان شاء أزال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصه بهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخصيص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الاجنبى

(واذا باع من المولى شيا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لانه متهم فى حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبى عند أبى حنيفة لانه لاتهمة فيه و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم

بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور فى الكتاب لاثبات مذهبه فى القسم الخلافى الذى ذكر فى الكتاب أولا وفى الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذى أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغى أن لايجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول فى هذا التعليل شئ وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف فى الكتاب وقد صرح به فى غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبى يوسف ومحمد اذ قد مر فى المسئلة الاولى أنهما قالا المولى يملك مافى يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله و رقبته ولهذا لو أعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولى كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل فى التوجيه (قوله و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله و بخلاف اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى عند أبى حنيفة رحمه الله على أن يكون

(قوله وان باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المأذون المديون شيأ من أكسابه من المولى

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا حابى الخ يعنى أن مسئلة القدورى ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثانى و بخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول و يفهم منه جواز بيعه للاجنبى بمثل قيمته دلالة كما لايخفى (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا جاز بيع المأذون من الاجنبى بالمحاباة ينبغى أن يجوز بيع المريض من وارثه بها و بدونها أيضا فاجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز فكيف باعتبار قوله والظاهر عدم الواو الى قوله وفى كلامه تعقيد) أقول فيه بحث (قوله فافترقا أى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

(قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) من البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما) أى من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن فى قدر المحاباة وأما البيع ف(لدخوله

تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه فى البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان) بلفظ التثنية وفى بعض النسخ وهذا الفرقان قال فى النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا فى النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما فى الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الاجنبي أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالازالة وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز فى البيع مع المولى شيأ من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي فى جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه فى صدر الكلام قال (وان باعه المولى شيأ) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت فى العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك فى الدين لكونه فى مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو أتلف شيأ من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده كما لو أودع عند عبده شيأ أو غصبه منه

الاستخلاص باداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن فى البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على أصلهما قال (وان باعه المولى شيأ بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه

معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول القدورى واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما اذا حابى الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا حابى الاجنبي والمسئلة الاولى ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا أن كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين فاذن يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان فى تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة

بمثل قيمته جاز وان لم يكن مديونا لا يجوز (قوله وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء) اذا باع من المولى شيأ بنقصان لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله فاحشا كان الغبن أو يسيرا وعندهما جاز البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع (قوله ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (قوله وهذان الفرقان على أصلهما) لان أبا حنيفة رحمه الله لما لم يجوز البيع من المولى لا بالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج الى هذين الفرقين وانما يحتاج الى فرق واحد وهو جواز بيع العبد من الاجنبي بالغبن الفاحش وعدم الجواز من المولى والفرق ما ذكر فى الكتاب وعلى أصلهما يحتاج الى الفرقين أحدهما فى حق المحاباة اليسيرة بين المولى والاجنبي حيث لا يؤمر الاجنبي بازالة المحاباة والمولى يؤمر عندهما والثانى فى حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبي حيث لا يجوز بيعه من الاجنبي مع المحاباة أصلا عندهما ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الفاحشة ولكن يؤمر المولى بازالة المحاباة ههنا أيضا كما فى اليسيرة وهذا الذى ذكرنا قول بعض المشايخ وقيل الصحيح قوله كقولهما لان المولى يستبد من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع أولى وصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الاجنبي (قوله لان المولى أجنبي عن كسبه) هذه النكتة على قول أبى حنيفة رحمه الله

(وان أمسك المولى المبيع فى يده حتى يستوفى الثمن جاز لانه بائع وللبائع حق الحبس فى المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب دينا فى ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا أجاب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا تعلق بالعين يعنى يجوز أن يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى

استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا فى جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال فى النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا على ما ذكر فى جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه دين) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو اتلاف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لانه أتلف ما تعلق

ولانه متهم فى هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى فى العين من حيث الحبس فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين قال (وان أمسكه فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس فى المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا فى جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين فى ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يتضمن شيأ

ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف اه والعجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولا من التوجيه الوجيه الا أن الظاهر أنه قدر أى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد فى توجيه صاحب معراج الدراية نعم فى توجيهه تمحل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضا أنه ليس بابعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفى كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتى نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي أى أنه يجوز فى كل حال أعنى اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبى حنيفة فى كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تاباه اه كلامه وورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب اه (أقول) ليس هذا أيضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الاول

والنكتة الثانية وهو قوله ولانه مفيد على قولهما أو على قول الكل (قوله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين) والمولى أحق بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دين فى ذمته ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب شيأ من ماله أو أودع مالا عند عبده (قوله اذا كان يتعلق بالعين) كالمكاتب لما كان للمولى تعلق برقبته جاز أن يجب عليه بدل الكتابة وكذلك المستسعى عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو نقض البيع كما بينا فى جانب العبد) كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وغيره فى شرح المبسوط

به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه) وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أتلفه (فبقى الباقى عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعنى القدورى

مفهوم بالعبارة والثانى مفهوم بالدلالة لانه اذا جازت المحاباة معه فلان جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية فى تفسير قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى أى أنه يجوز فى كل حال أعنى اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فاذن اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الاجنبى و بين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثانى مع أن فى كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه يعنى أنه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وقد سلك ههنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور فى ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبى جاز وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الاجنبى بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم اهـ (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا فلان قوله لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبى جاز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان أولاهما قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وأخراهما قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكما أن قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الاولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى لدفع توهم انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الاجنبى وكما أن قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ بنقصان و بين ما اذا باعه من الاجنبى بنقصان كذلك قوله و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ بمثل قيمته و بين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الاولى من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أى مختصر القدورى دون الاخرى منهما فليس بصحيح اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان معا فى مختصر القدورى وان أراد بذلك أنهما وان كانتا معا مسئلتى الكتاب الا أن قوله و بخلاف ما اذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى فانه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى فى اثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه وان أراد به أن قوله و بخلاف ما اذا باع المريض متعلق باولى مسئلتى الكتاب وقوله و بخلاف ما اذا حابى الاجنبى متعلق باخراهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر فى علم الادب أن الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها فدخولها لا يقتضى التأخر لا فى الوقوع ولا فى التعلق فلا محذور فى اتيان الواو ههنا أصلا وأما ثانيا فلأن قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبى بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا له فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شئ وان لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيا بمثل القيمة جاز لانه كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان

من غير ذكر خلاف ويحتمل أن يكون البيع فاسدا عند أبى حنيفة رحمه الله على قول بعض المشايخ كما فى

قال

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه) معناه باعه بثمن لا يفى بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم) وقد أتلفاه أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشترى فبالقبض والتغييب فخير الغرماء فى التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق) ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى باكثر من قيمته أو باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله (كما فى المرهون) يعنى أن الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضى اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) اذا قال المولى هذا العبد الذى أبيعه مديون يريد به سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين لم يكن البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب اللزوم فى حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخيرون فى التضمين (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما فى المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة و يكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك و يسترد القيمة كذا هذا قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم

لم يجز الخ اهـ كلامه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو بناء على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة فى حل هذا المحل ثم ان فى تقريره خللا آخر فانه قال فى تفسير قول المصنف فافترقا أى المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمريض كما لا يخفى على المتامل والعجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤل المعنى على هذا الى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) قال الشراح انما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشترى بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء اهـ (أقول) لقائل أن يقول فاذن ينبغى أن يكون الضمان فى هذه المسئلة على المشترى فقط فان تغييب العبد الذى فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لأمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجيء فى المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشترى دون البائع الا أن فى البائع أيضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشترى قلت نعم الا أن سببية ذلك بعيدة وقد تقرر عندهم ومر مرارا أن

الفصل الاول وهو منصوص عليه فى المختصر وغيره (قوله فيخيرون فى التضمين) ثم ان ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العبد لو ظفر وا به وان ضمنوا البائع قيمته تم البيع الذى جرى بين البائع والمشترى لزوال المانع (قوله والاجازة اللاحقة كالاذن السابق) فان قيل يشكل بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم أذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه قلنا لانه لا يحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك ههنا فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء (قوله كما فى المرهون) أى الراهن اذا باع المرهون ثم أجاز المرتهن البيع (قوله وأعلمه بالدين) أى أعلم البائع المشترى بان هذا العبد الذى

(قوله لانهم يستسعونه الخ) أقول وعلى هذا ففى التعليل الذى ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق فى آخر الصيغة السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوصى

وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمته محذوفة من المتن (وفى كل منهما فائدة فالاول) يعنى الاستسعاء (تام مؤخر والثانى ناقص)
ان لم يف بديونهم (معجل و بالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى
البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم) قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع

وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفى كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل و بالبيع تغوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم

الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتامل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد أقل من قيمته وأما اذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة فى هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة فى التضمين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساويا فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة و بيان أنه لفظ محمد فى الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته أو باكثر من قيمته وقبض وهو فى يده فلا فائدة فى التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم اه فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذى باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان فى بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا * ثم أقول فى الجواب المذكور نظر لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيعه العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستسعوا العبد فى جميع ديونه لهم لا فى مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغى أن يضمن البائع والمشترى جميع مافوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذى قالوا به أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم) قال صاحب النهاية فى هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وماذونى الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة وذلك لانه اذا لم

أبيعك مديون وفائدة هذا الاعلام سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيما بين البائع والمشترى وان لم يكن لازما فى حق الغرماء اذا لم يكن فى ثمنه وفاء بديونهم (قوله فالاول تام مؤخر) الى زمان الاستسعاء والثانى ناقص معجل هذا اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم (قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة ليس لهم أن يردوه) أى ليس للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وان لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم ذكر الامام قاضيخان وغيره وهو قوله تاويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى أن تصل اليهم ديونهم و بعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء فى ملك المشترى فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان فى الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع على أن لهم حق القبض اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم وفى النهاية وفى هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وماذون

ان لم يف بديونهم (معجل و بالبيع ... البيع ليس لهم أن يردوه لوصول لا يستلزم نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجانى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الديون من ماله أجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب فى ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الآن قال

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع الخ) أقول فان قيل كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لان الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضار الثمن والتخلية بينهم و بينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثانى الخ) أقول دلالته لا تخلو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم و بين المشترى) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله فى مسئلة الشفعة لابى يوسف أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

يكن فى البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد وبما ذكر فى الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يفى الثمن بديونهم وان لم يكن فى البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقى الديون اللهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع رضا الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول بما ذكره الامام قاضيخان فى جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم ديونهم و بعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء فى ملك المشترى فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان فى الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن و رضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولا فى الجواب المذكور نظر آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع ما ذكر فى ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم لانه اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيئا فى نفى ردهم البيع كما بين فى السؤال بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذى أورده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة فى البيع حينئذ هى أن لهم أن يقولوا فى صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة فى البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فنتبع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن فى البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون اه (أقول) وفيه نظر أما أولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لذهبت فائدة قوله فان وصل فى قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن فى قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك أن الثمن اذا كان يفى بديونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة فى الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة فى البيع ليس عين معنى وفاء

الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة (قوله فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم و بين المشترى) هذه المسئلة مختلف فيها أما اذا كان المشترى غائبا والبائع حاضرا فلا خصومة بينهم و بين البائع فى رقبة العبد بلا خلاف حتى يحضر المشترى لان الملك واليد للمشترى وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فما لم يبطل ملك المشترى لا تكون الرقبة محلا لحق الغرماء الا أن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لان بالبيع والتسليم صار مفوتا محل حقهم (قوله معناه اذا أنكر الدين) وانما قيد به لانه اذا أقر المشترى بديونهم وصدقهم فى دعوى الدين

يقوم الدليل على خلافه (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم و بين المشترى اذا أنكر الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وانما قيد بالانكار لان المشترى اذا أقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما فى يده (ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا ولها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله فى هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر أنه ماذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبره فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب وقوله (كى لا يضيق الامر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد فى التجارة فلو لم يقبل قول الواحد فى المعاملات لاحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه ماذون له فى التجارة وفى ذلك من الضيق مالا يخفى وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شئ ومعناه أنه اذا لم يكن فى كسبه وفاء لا يباع فى الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون ماذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن فى التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله فى وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فان حضر مولاه فقال هو ماذون له يبع فى الدين لظهوره فى حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة ولا يقبل قوله عند جحود المولى الا ببينة

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات كى لا يضيق الامر على الناس (الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو ماذون بيع فى الدين) لانه ظهر الدين فى حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل

الثمن بديونهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلا لجواز أن تنتفى المحاباة فى البيع ولا يفى الثمن بديونهم وجواز أن يفى الثمن بديونهم ولا تنتفى المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز أو الكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال فى النهاية أى فتصرفه دليل على أنه ماذون فى التجارة وقال هذا الذى ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا القرار على نفسه والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فما ذكره فى الكتاب اه واقتفى أثره صاحب العناية فى شرح هذا المقام اثر ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال فان قولهما فى تقرير وجه القياس والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش فى أحد شقى هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد فى هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار فى قولهما والثانى أخبر أنه ماذون فى التجارة أعم من الاخبار الحقيقى والحكمى وادعاء أن فى ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه ماذونا وهو تصرفه تصرف الماذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافى فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولان فى ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشئ والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفى الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه ماذون لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفى الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلوى الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا الكتاب والامام الزيلعى فى شرح الكنز (قوله الا أنه لا يباع حتى

كان للغرماء أن يردوا البيع بلا خلاف كذا ذكره المحبوبى رحمه الله (قوله وان لم يخبر فتصرفه) أى فتصرفه دليل عليه (قوله لا يقبل قوله فى الرقبة) أى فى حق بيع الرقبة لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى انه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما ماذون لهما بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن فى التجارة لانه حق العبد (قوله على ما بيناه) وهو ماذكر قبل هذا ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد والله أعلم بالصواب

*(فصل

(فصل) لما فرغ من أحكام اذن العبد فى التجارة بين أحكام اذن الصبى الا أنه قدم الاول لكثرته وقوعه ولكونه مجمعا عليه فى الجواز والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولى كان كالعبد الماذون فى نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما فى يده وغير ذلك مما ذكر فى العبد وقال الشافعى رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه لمعنى فى نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق ولا يصحان منه وان أذن له الولى بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لانهما لا يقامان بالولى فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعنى قلت بصحتها كصحتهما اذا كانت فى أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولى فى حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبى فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيجب تنفيذها (أما بالبيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلان الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبى وأما أنه صدر من أهله فلانه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه فى محله فلكون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولى له هذا التصرف فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم

(فصل) (واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعى لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولى وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ههنا ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره فى الخلافيات

يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد الماذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا أن يفدى المولى ديونهم وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله فى الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله فى ثبوت الاذن له ولزوم كل شئ فى التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتامل والاظهر فى تعليل قوله لا يقبل قوله فى الرقبة أى فى حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما ماذون لهما كما ذكر فى النهاية وغيرها اه

(فصل) لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد فى التجارة شرع فى بيان أحكام اذن الصبى والمعتوه وقدم الاول لكثرته وقوعه (قوله واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول فى جواب المسئلة فهو فى التجارة كالعبد الماذون ليطابق ما قبله من قوله فى التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه فى

(فصل) (قوله للمنافاة) لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه واليا آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان بخلاف الصوم والصلاة أى الصوم النفل والصلاة النفل حيث يصحان منه وكذا الوصية على أصله أى الوصية بأعمال البر من أصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولى فى حقه يصح تصرف الصبى فيه بنفسه وما يتحقق من الولى فلا يصح مباشرة الصبى فيه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع بما يتصرف فيه الولى (قوله صدر من أهله) الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل ولهذا لا تتوجه خطابات الشرع قبل البلوغ وذلك لان العقل والتمييز أمر باطن فاقام الشرع البلوغ مقامه قلنا الاهلية بالعقل والتمييز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتداله واذن الولى دليل عليه أيضا ولا تزاحم فى الاسباب الا أن الصبى مظنة المرحمة وبالخطابات يتضرر وصحة العبارة نفع محض اذ الآدمى به يشرف ويميز من غيره فلهذا اعتبر اذن الولى فى المعاملات دون خطابات الشرع (قوله عن ولاية شرعية) وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاضر (قوله لعدم الهداية) أى فى أمور التجارة

(فصل واذا أذن ولى الصبى) (قوله والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش) قول الظاهر أن يقال الذى يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثانى بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعنى قلت بصحتها) أقول الضمير فى بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعتاق

يملكه الولى لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولى بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية فى أمور التجارة فصار كالعبد فى كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا أذن له الولى زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا فى أمور التجارة لما أذن له الولى فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولى وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أى بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة فى حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولى ليتدارك ذلك وقوله (بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثانى كالطلاق والعتاق لا يؤهل له أصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأى الولى لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا فانه أحد المحتملين وصحة التصرف فى نفسه لصدوره من أهله فى محله فان قيل اذا باع شيأ باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف وأجيب بان المعتبر فى ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا (وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصى الاب ثم الجد أب الاب ثم وصيه ثم القاضى أو وصيه ثم الوالى (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كامير بخارى فكان الوالى أكبر منه لان له ولاية تقليد القاضى دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون المديون

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثانى دليلى الشافعى بمنع المنافاة بين كونه وليا ومولياعليه مستندا بان كونه موليا عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله للنظر له (قوله ولاحتمال تبدل الحال) أقول معطوف على للنظر له

(قوله الخ كذلك) أقول يعنى تقدم ذكره (قوله لكن يرد عليه الى قوله فى مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقدمر من الشارح نقلا من شروح الجامع

والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف فى نفسه وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصى والقاضى والوالى

سائرها أيضا عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثانى أعم وأظهر فى افادة تمام المراد وهذا ما فى عبارة مختصر القدورى ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر فى البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك فى الهداية أيضا مع ظهور مزيته ما فى عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف فى كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف فى باب التجارة مطلقا بل لا بد من أن يعقل الشراء أيضا بان يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى) هذا جواب عن قول الشافعى لان حجره لصباه فيبقى ببقائه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي فى أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد فى كون حجره لغيره فاذا أذن له الولى زال ذلك الغير لانه يستدل به على ثبوت هدايته فى أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما أذن له الولى فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا فى الشروح (أقول) يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولى اذا علم هدايته فى أمور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولى لحصول العلم اذ ذاك أيضا بزوال ذلك الغير الذى حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولى أصلا فيما هو دائر بين النفع والضر كالبيع والشراء ونحوهما فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولى وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أى بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة فى حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولى ليتدارك ذلك اهـ كلامه (أقول) فى تقريره شىء أما أولا فلان قوله وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام فى التصرف الدائر بين النفع والضر فان تصرفه الذى هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولى أيضا وتصرفه الذى هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولى أيضا وانما الذى يتوقف نفاذه على اذن الولى عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون فى اعتبار كلامه فى مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور وفى اعتبار كلامه فى التصرف نظر له وأما ثانيا فلان مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر فى مقدمات تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه فى حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعى ولانه مولى عليه الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا التصرف باذن وليه لكان ينبغى أن لا يبقى وليه وليا فى التصرف فى ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثانى كما ترى وكثير من الشراح اختار الاول فعليك بالاختبار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه) أى فى حق الصبي أراد به قوله فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون كذا فى غاية البيان وغيرها (أقول) لقائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة فى حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع فى الكتاب حيث قال فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة التعميم ممنوعة جدا فليتأمل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حق الصبي المأذون مع التخلف فى بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولى ليس بمحجور عن التصرف فى مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه هو فى انحجار المولى وعدم انحجار الولى فى المال وما ذكره فى الكتاب من التعميم فى تصرف العبد فى ماله وتصرف الصبي فى ماله فلا يرد نقضا لاختلاف التصرفين والثانى هو ما ذكره فى المبسوط وانما ملك الاب أو الوصى التصرف فى مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا لان دين الحر فى ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبى آخر اذا كان الدين مستغرقا اهـ كلامه واقتفى أثره صاحب العناية فى ذكر ذلك السؤال ووجهى الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال (أقول) الوجه

(قوله وبقاء ولايته) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ولانه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف ويملك حجره فاجاب بان بقاء ولايته لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل والاصابة فيستوفى المصلحة بطريقين بمباشرة الولى وبمباشرة الصبي وتمكنه من حجره لاحتمال تبدل حاله من الهداية الى غيرها ومتى جعلناه مولى عليه باعتبار تصور الاهلية لم نجعله وليا فيه فالحاصل أن الصبي مستحق للنظر مصون عن الضرر والتصرفات أنواع ثلاثة ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وان أذن له الولى ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذن الولى ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملكه بدونه لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذى لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ فى النافع المحض وبالطفل فى الضار وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولى لانه له فيه منفعة ليصير مهتديا الى وجوه التجارات عارفا بانواع المعاملات ممتازا عن الحيوانات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه (قوله بخلاف صاحب الشرط) وفى المغرب الشرط بالسكون والحركة خيار الجند وأول كتيبة تحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة فى باب الجمعة يراد به أمير البلدة

بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان أو صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما فى العبد

بدين يحيط بماله دون الولى وأجيب بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولى ليس من التعميم فى تصرف العبد والصبى و بان دين الصبى
لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولى ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه اذا كان

و يصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد

الثانى لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبى المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعليل فى قول المصنف ان ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حق الصبى المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثانى منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلان دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما يثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقرر فى علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضا فى علم الاصول وأما ثانيا فلانه لا دلالة فى الجواب الثانى أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة فى انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبى فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا (قوله و يصح اقراره بما فى يده من كسبه) أورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبى فكيف يملكه الصبى باذن الولى وأجيب عنه فى النهاية ومعراج الدراية بان الولى انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولى على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبى بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اهـ (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان لمية عدم صحة اقرار الولى على الصبى وصحة اقرار الصبى بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى فى اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وههنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما فى الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اهـ (أقول) هذا الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان أراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة و توابعها فيملك أيضا نفس التجارة وتوابعها التى من جملتها اقراره على مال الصبى فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولى على مال الصبى ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فانى يملكه الولى وان أراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التى من جملتها اقرار الصبى

كاسير بخارا وكان الوالى أكبر من صاحب الشرط لان للوالى تقليد القضاة فلذلك ثبت ولاية اذن الصبى للوالى دون صاحب الشرط وفى المبسوط ثم صحة الاذن له من وليه ووليه أبوه ثم وصى الاب ثم الجد أب الاب ثم وصيه ثم القاضى أو وصى القاضى فاما الام أو وصى الام فلا يصح منهم الاذن له فى التجارة لانه غير ولى فى التصرفات مطلقا بل هى كالاجنبي الا فيما يرجع الى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصى الام العروض التى ورثها الصغير من الام بطريق التحصين والحفظ على الام الميتة وعلى الصغير لا لانه تجارة حتى لو اشترى شيأ آخر لليتيم لا يجوز وليس فى الاذن تحصين وحفظ (قوله و يصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية) قيد بظاهر الرواية لانه روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لا يصح اقراره فيما ورثه عن أبيه لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته الى ذلك فى التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفا عن توى أموالهم ولهذا ملكه وان لم يملك الولى الاقرار عليه وجه الظاهر أنه بانضمام رأى الولى التحق

الدين مستغرقه (و يصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه) عينا كان أودينا لوليه ولغيره لانه كالك الحجر عنه فكان كالبالغين وأورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبى فكيف أفاده ذلك باذنه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية) احترازا عن رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته فى التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته فى التجارة وهى معدومة فى الموروث وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب فى صحة الاقرار سواء لكونهما مالية

الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعنى فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعنى يتعلق بكسبه أيضا أى كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبى الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثانى منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر ولا صلاحيته للجواب (قوله والمولى أجنبي منه الخ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقا لرقبته أيضا وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما فى العبد والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصى دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبى والله أعلم

(كتاب الغصب)

الغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدى هذا شيأ فى دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولى الاذن للصبى بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام فى أن تملك الصبى الاقرار على نفسه باذن الولى ولاية متعدية من الولى الى الصبى والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك نفس الاقرار على الصبى بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة فى حق نفس الاقرار على الصبى فكيف تتعدى منه الولاية الى الصبى فى حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولى الاذن بالتجارة وتوابعها فى أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام * ثم أقول لعل الصواب فى الجواب منع كون ولاية الصبى ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر أن الصبى يتصرف باهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته واذن الولى انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا أنه يكتسب الولاية من اذنه الا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبى أصلا لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن و بعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضر اذ من لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبى له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولى فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الاشكال بالكلية

(كتاب الغصب)

ايراد الغصب بعد الاذن فى التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثانى فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن فى التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا فى النهاية والعناية (أقول) فى الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة مآلا انما يفيد المناسبة بين الغصب و بين جنس التجارة لا بين الغصب و بين الاذن فى التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر فى صدر كتاب المأذون والمذكور فى كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثانى أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة فى سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان

بالبالغ وكل واحد من المالين ملكه فارغ عن حاجة الغير فيصح اقراره فيهما (قوله ولا يملك تزويج عبده) فيه اجماع وفى تزويج أمته خلاف أبى يوسف رحمه الله فانه يجوز عنده (قوله ولا كتابته) وانما لم يملكهما مع أن الاب والوصى يملكانهما لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق فى الكتابة النظر وأما تصرف الصبى بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة (قوله دون غيرهم) أى من الاقارب كالاخ والعم وفائدة هذا التقييد أنه يصير ماذونا باذن القاضى كما مر فى حق الصبى والله أعلم بالصواب

(كتاب الغصب)

(قوله فى اللغة أخذ الشئ) يعنى مالا أو غيره يقال غصب زوجة فلان أو ولده

الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبى يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصى دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضى فان له ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبى) اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب فى التجارة قال أبو بكر البلخى رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبى يوسف و يصح استحسانا وهو قول محمد رحمهما الله والله أعلم

(كتاب الغصب)

ايراد الغصب بعد الاذن فى التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثانى

(كتاب الغصب)

(قوله ايراد الغصب الى قوله مآلا الخ) أقول و يجوز أن يقال نفاذ تصرف الغاصب يكون بالاذن كنفاذ تصرف المأذون الا أن فى الغصب بالاذن اللاحق وفى المأذون بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف فى مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن فى التجارة لانه

مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله أخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربى فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده أى يد المالك لبيان أن ازالة يد المالك لابد منها فى الغصب عندنا وعند الشافعى رحمه الله هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد

(قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول فيه بحث (قوله الا أنه قدم الاذن الخ) أقول هذا الاحتياج اليه بعد مابين وجه تأخر المأذون من الحجر (قوله وفى الشريعة أخذ مال الى قوله فى زوائد المغصوب الخ) أقول قال الامام الزيلعى حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلة اهـ لكن ذكر فى فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلكه حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخى يضمن قيمة العجول ونقصان الام ولم يفعل فى الام شيئا

حتى

وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثانى فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد فى وجه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير فى تحققها فى غير ما سبقت له أيضا ثم ان الاظهر فى وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى أن المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف لا باذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع اهـ واعلم أن محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما فى الجنايات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس فى الغصب شئ من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا فى النهاية وغيرها (قوله وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لابد من أن يزاد على هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو يقصر يده بان يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب فى الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فان الغاصب فى هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه فى يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا أنه قصر يده عن ماله فى هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال فى المحيط البرهانى الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان فى يده أو يقصر يده ان لم يكن فى يده اهـ وهكذا قال فى الكافى أيضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع فى البدائع لئلا يدخل فى تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب فى الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما فى جميع ما ذكر لتعريف الغصب شريعة فى الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثانى على هذا التعريف حيث قال فى شرح الوقاية ثم لابد أن يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج السرقة اهـ ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا أن فى السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد تدخل مدلولاتها باعتبار تلك الخصوصية فى الحدود وذلك لا ينافى دخولها باعتبار أصلها فى الغصب كالشراء من الفضولى فانه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول أن السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى التعريف المذكور اذ لا منع لشئ من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذى فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرر فى كتابها ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافى الصدق على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى

(قوله محترم) احتراز عن غصب مال الحربى فى دار الحرب

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط

التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حد الغصب فى الشرع والالزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لاستحالة القطع يخالف حكمى السرقة والغصب فى الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافى دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثانى أن قوله كالشراء من الفضولى فانه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولى ليس بغصب قطعا وانما الذى يصير غصبا أخذ المشترى من يد الفضولى بغير اذن المالك وهو ليس بمبيع جزما وليس بمذكور فى كتاب البيوع أصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولى فلا صحة فى التمثيل ولا فى التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية فى قوله ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافى الاختفاء وعن هذا قال صاحب الهداية فى فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه اهـ ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال فى شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ مملوكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به فى البدائع اهـ (أقول) وفيه أيضا خلل لان الوقف فى الشرع عند أبى حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد وهذا كله مما تقرر فى أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضى كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعى بل يتحقق ذلك فى غيره أيضا بنوع من التعدى والجناية ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هى أمانة فى يد الغاصب ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجئ فى الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجئ فى الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ فى يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب فى الشرع عند أحد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما نصوا عليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعى فى اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ فى تعريف الغصب فيحتاج الى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته ازالة يد المالك عنه فيتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقى أثر فعله فى الاستعمال وما بقى أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العز وفى كلام المصنف ههنا مؤاخذة لفظية وهى فى قوله وحمل الدابة يعنى والحمل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا أن يضعف

(قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا) ايضاح لقوله على وجه يزيل يده لانه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لانه لم توجد فيه النقل والتحويل والبساط فعل المالك وقد بقى أثر فعله فى الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا ليده وعلى قول الشافعى ازالة يد المالك من المغصوب ليس بشرط بل اثبات يد العدوان عليه كاف لتحقق الغصب وثمرة الاختلاف تظهر فى زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة

واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء أثر فعله

ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان
الخطأ موضوع قال (ومن غصب (٢٤٦) شيأ له مثل الخ) المغصوب اما أن يكون قائما في يد الغاصب أولا والاول سيجيء والثاني اما أن يكون

ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع) لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكأن صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال اه وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها اه تامل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول) الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضا تامل تقف (قوله لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم

عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر (قوله وان كان بدون العلم) بان ظن أن المأخوذ ماله أو اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لان الضمان انما يجب جبرا لحقه بتفويته وحقه مرعي وان كان الآخذ معذورا للجهلة وعدم قصده (قوله ولا اثم) لان الخطأ موضوع لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ

له مثل أي يكون مما يضمن بمثله من جنسه أولا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا أطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان أدفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لافضائه الى الدور (قوله لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا بردىء رعاية للمماثلة ولمحمد
قال المصنف (وقال أبو يوسف يوم الغصب) أقول وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة مذهب أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا

ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك

قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك لوجهين أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فاراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية أيضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضا ولكن بطريق النقل بقيل (أقول) كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا استرابة به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلا فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع فالوجه عندي أن المصنف جرى ههنا أيضا على عادته المقررة من تاخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل ههنا أيضا ذلك على ما يشهد به التامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رد هذا الجواب بان يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر يعني أنه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في حد الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من أن الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين وانما رد القيمة

والنسيان والمراد المأثم وقد قال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (قوله ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له ذلك) أي لو كانت ثابتة بمجرد الانقطاع لكان يجبر على قبول القيمة لو أتى بها الغاصب ولا يمكن له من الصبر الى مجيء أوان المثل وحيث لم يجبر دل ذلك على أن ايجاب المثل انما يثبت

(ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول أبي يوسف لتثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبي يوسف وان كان الثاني فعليه

اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له انتهى ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى قال المصنف (لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه بحث فانه مطالب بالعين اذا كانت قائمة على

قال (ومالامثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لامثل له أيضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلى مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغى أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لاوقت وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل فى الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده و بقضاء القاضى عند أبى حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما و بالجملة الفرق بين مالامثل له و بين ماله مثل على قول أبى حنيفة ومحمد بان القيمة تعتبر فى الاول عند وجود أصل السبب وفى الثانى عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ماقالوا ان الموجب الاصلى فى الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجىء وأما على ماقيل ان الموجب الاصلى هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجىء أيضا فلا يتم دليل أبى حنيفة ولا دليل محمد رأسا اذ فى كل منهما تصريح بان الموجب الاصلى فى الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لايخلو عن الاشكال على كل حال (قوله ومالامثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة) يعنى معنى قول القدورى فى مختصره مالامثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذا من النهاية وتحقيقه أن معناه الشئ الذى لايضمن بمثله من جنسه لان الذى لامثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب اه (أقول) هذا الذى عده تحقيقا مما لاطائل تحته بل لاحاصل له لانه ان أراد بالشئ الذى لايضمن بمثله من جنسه مالايكون له مثل من جنسه ولايضمن بمثله من جنسه فيناقيه تعليله بقوله لان الذى لامثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان مالايكون له مثل من جنسه لايكون له مثل من غير جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال فى التعليل ان الذى لامثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله مالامثل له فى قوله ومالامثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولكن لايضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدورى مالامثل له فى قوله ومالامثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال فى وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة ومالايضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته أى يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة و بالجملة تفسير مالامثل له فى هذه المسئلة بما لايضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير ماله مثل فى المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لاتقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة فى صدر المسئلة فيكون معنى قولهم فى المسئلة الاولى أيضا ومن غصب شيأ له مثل فهلك فى يده فعليه ضمان مثله ولايخفى مافيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندى أن المراد بماله مثل فى المسئلة الاولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذى ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لامثل له فى هذه المسئلة مالامثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التى هى المثل القاصر وقد أفصح عن نوعى المثل فى الكافى حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل فى ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لايكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة ومالايكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال فى الكافى بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ماروى عن شريح من كسر عصا فهى له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور فى النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هى المراد بالمثل المذكور فى النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان

بالقضاء (قوله معناه العدديات المتفاوتة) كالرمان والسفرجل والبطيخ وكالثياب والدواب والمتقاربة

اما

قيمته يوم غصبه قال المصنف رحمه الله (معناه) أى معنى قوله لامثل له (العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشئ الذى لايضمن بمثله من جنسه لان الذى لامثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته (لتعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

القول الاقوى (قوله لان الذى لامثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول اذ الاجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعدديات الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الشئ فى قوله أن معناه الشئ الذى الخ

أما العددى المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ماليس بمثلى وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح لان من المكيل ماليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لامثل له ففيه القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمرى أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتامل (لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ماأخذت حتى ترد) أى على صاحب اليد عين ماأخذت اليد حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم لايحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفى ومعناه أن لايريد باخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على أخيه فهو لاعب فى مذهب السرقة جاد فى ادخال الاذى عليه أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجد فى ذلك ليغيظه (ولان اليد حق مقصود) بدليل جواز اذن العبد فى التجارة فانه لاحكم لشرائه فى حقه سوى التصرف باليد لاسيما اذا كان مديونا فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى فى التصرف فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (اعادتها (٢٤٩) بالرد اليه وهو الموجب) أى رد العين

أما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لامثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ماأخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لايحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلى على ماقالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلى القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الاحكام

المثل صورة ومعنى على من غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده وقد مر الاستدلال به على ذلك فى المسئلة الاولى وهو الذى أشار اليه فى الكافى وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددى المتقارب فهو كالمكيل) قال فى النهاية وانما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لان من الموزونات ماليس بمثلى وهو الموزون الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت اه (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشئ الذى ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل مافى النهاية بقيل وليس بواضح لان من المكيل ماهو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لامثل له ففيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بان الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل فى قوله أما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لامثل له و بقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل فى تحقق المماثلة فى الكيل كما تقرر فى باب الربا من

كالجوز والبيض (قوله لاعبا ولا جادا) بتوسط حرف العطف كذا فى المبسوط ومعناه ظاهر والرواية فى المصابيح لاعبا جادا بدون توسط حرف العطف بينهما أى لايريد سرقته ولكن يريد ادخال الغيظ على أخيه فهو لاعب فى مذهب السرقة جاد فى ادخال الغيظ على أخيه (قوله ويظهر ذلك فى بعض الاحكام) ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لايجب الضمان ولولا أن الموجب الاصلى القيمة لما صح الابراء لان الابراء عن العين لايصح ولو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين ولو غصب جارية قيمتها ألف وله ألف نقد وحال عليها الحول فانه لايجب الزكاة على هذا الالف لانه صار مديونا

 بينهما فرقا فان البر والشعير مختلفان من الاصل بخلاف القمقم والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس فان اختلافهما ليس الا لاختلاف الصفة (قوله ولعمرى أن تقديم هذا الخ) أقول وانما قدم المصنف ماقدمه اهتماما لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافيات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لانه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك فى بعض الاحكام) أقول منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لايجب الضمان ولولا أن الواجب الاصلى القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين وذا لايصح ومنها أنه لاتجب الزكاة على الغاصب فى نصاب بيد الغاصب اذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره فى النهاية والجواب انما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك (قوله لانه قاصر الخ) أقول يعنى لان رد القيمة قاصر (قوله اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين

هو الموجب (الاصلى على ماقالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال فرد العين والمالية وقيل الموجب الاصلى القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الاحكام) فمنها ما اذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لاضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب فى الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لايصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لاتصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له نصاب فى ملكه وقد غصب شيأ وهو قائم فى يده لايجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب

(قوله قيل وانما اقتصر الى قوله والطشت) أقول الا أن

قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلى لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء انما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررناذلك فى التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم فى الكفالة وعن مسئلة الزكاة بما ذكرنا فى مسئلة الابراء (ثم الواجب الرد فى المكان الذى غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لاظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأى الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببدلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على مايدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر فى الذخيرة

فى السير أن الغاصب اذا غيب المغصوب والقاضى يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل فى المسئلة روايتان وقيل المذكور فى الذخيرة جواب الجواز والمذكور فى الكتاب جواب الافضل قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافى العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات فى مكان آخر كما فى حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات فى مكان آخر (لان الغصب بحقيقته) حوالة (يتحقق فى المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولا نقل فى العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فاذا غصب عقارا فهلك فى يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبى حنيفة

(والواجب الرد فى المكان الذى غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى أن يعلم مايدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه) وهذا عند أبى حنيفة وأبى

البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أى الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا فى معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه فى المنقول اذ لاخلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه فى عدم تحققه فى غير المنقول فهو المقصود الاصلى بالبيان ههنا فالقصر معتبر فى التركيب المذكور أعنى قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال فى تفسير ذلك أى تحقق الغصب فى المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال فى تفسير ذلك أى تحقق الغصب فى المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافى العقار بل أشار اليه المصنف نفسه حيث قال فى تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقى الكلام فى أن أداة القصر فى التركيب المزبور ماذا فلعلها هى تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به فى علم الادب ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم فى العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتى فى دليل عدم الضمان فى غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتى هنالك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا فالاحسن أن يكتفى بما سيأتى فى تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هنالك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هنالك متحقق ههنا أيضا لامحالة (قوله واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو

ولا تجب الزكاة على المديون (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) النقل والتحويل واحد كما فى قوله تعالى فيؤس قنوط وقيل التحويل يستعمل فى النقل من مكان واثباته فى مكان آخر كما فى حوالة الباذنجان والنقل بدون الاثبات فى مكان آخر (قوله واذا غصب عقارا فهلك فى يده) بان غلب السيل على الارض فبقيت

(قوله قيل والصحيح) أقول القائل هو الاتقانى (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامة الزيلعى وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس باصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته ولك أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورده (قوله وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خبير بانه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسئلة الابراء (قوله وقيل المذكور فى الذخيرة جواب الجواز) أقول يعنى لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور فى الكتاب جواب الافضل) أقول يعنى الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره (قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافى العقار قال المصنف (واذا غصب عقارا)

يوسف

وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبى يوسف الاول والشافعى رحمهما الله لتحقق اثبات اليد) بالسكنى

يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبى يوسف الاول وبه قال الشافعى لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد فى حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة

فى قوله واذا غصب عقارا الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ماسبق من الاصل فينبغى أن يظهر علامة التفريع فى اللفظ كما وقع فى سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء فى عامتها ومنها حتى فى المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبى حنيفة كون المأخوذ منقولا وهو قول أبى يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى قوله الآخر لا ينعقد موجبا للضمان اه والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة فى مختصر القدورى فبدلها المصنف بالواو فى البداية والهداية * ثم أقول المراد بالغصب فى قوله واذا غصب عقارا هو الغصب اللغوى دون الغصب الشرعى فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة فى يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان فى غصب العقار وهلاكه فى يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعى دون اللغوى والمتحقق ههنا هو الثانى دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اه (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعى دون المجاز المطلق فلا ينافى كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوى ولكن حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات المشايخ فى غصب الدور والعقار على مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدورى فى قوله واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلا واليه مال أكثر المشايخ اه كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعى على مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فلا نسلم ذلك اذ لم يقل أحد ان الغصب الشرعى يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب فى يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعى لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب فى عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوى دون الشرعى كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوى ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوى أيضا فلا نسلم أن أحدا قال ان الغصب اللغوى لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوى على ما مر فى صدر الكتاب أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل فى العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعى عندهما فى العقار على ما سنعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز انكار تحقق الغصب اللغوى فى العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الاجلاء

تحت الماء أو غصب دارا فانهدمت بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يضمن (قوله لتحقق اثبات اليد) ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد فى حالة واحدة هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعى رحمه الله يتحقق الغصب باثبات اليد المبطلة وتعليل قول محمد رحمه الله على هذا الوجه يدل على ان لاخلاف بين علمائنا الثلاثة فى حد الغصب بانه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة لا كما ظنه البعض ان حده عند محمد اثبات يد العدوان كما قاله الشافعى رحمه الله اذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما فى زوائد المغصوب (قوله وجحود الوديعة) أى فى العقار يعنى اذا كان العقار وديعة فى يده فجحده كان ضامنا بالاتفاق فكذا بالغصب على ما يجئ

ووضع الامتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد فى حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها فى يد المستأجر حقيقة وفى يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعنى ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أى تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) فى تحقق الوصفين (وجحود الوديعة) فى العقار فانه اذا كان وديعة فى يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان فى هذه الصورة وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به فى غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعى للالزام لانه يكتفى فى الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعى فان عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا فى شرح الكاكى وقال الاكمل وكان التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها) (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة) ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحود ذكر في المبسوط والاصح أن يقال جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعني القدوري (اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله) بان كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيأ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب وأما اذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

(قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولأبي حنيفة وأبي

(قوله فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط (قوله وهو الغصب) أي النقل هو الغصب لان بذلك يتحقق ازالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب فيه فيتحقق الغصب (قوله ومسئلة الجحود ممنوعة) لانه ذكر في المختلفات اما الوديعة لو كان عقارا لا يضمن وذكر في المبسوط والاصح أن يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم أو لقصر يد صاحبه بالجحود لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعة بعد جحوده حتى اذا كانت الوديعة بساط لم ينقله وجلس عليه جاحد الوديعة لم يضمن لانه متى كان ظاهرا لم تصر يد صاحبه مقصورة بالجحود بنفسه (قوله وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا) وذلك بان هدم شيأ أو انهدم بسكناه لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف يتحقق فيه كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين وجاز أن لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر (قوله ويدخل فيما قاله) أي فيما قاله القدوري في مختصره وهو قوله وما نقص منه بفعله وسكناه (قوله اذا انهدمت الدار بسكناه) وعمله بان كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما والحكم يبتنى على السبب كذا في غصب المبسوط (قوله ولا بينة لصاحب الدار) انما قيد به لانه لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لانه قادر على أن يقيم البينة على انها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري (قوله فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح) وذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط فان

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول ليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه في اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتامل (قوله أي بسبب ذلك) أقول فيه تامل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها للالصاق أو للمصاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول فيه بحث

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل)

يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه أي باخراج المالك عنها أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار وهو أي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه اه (أقول) في تقريره قصور أما أولا فلانه جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب والثاني أمرا عدميا متفرعا على الاول وأيضا لو كان الباء المزبورة للسببية كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد أن لا تتحقق ازالة اليد أصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها وبداهتها فلاجرم كانت مسلمة عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا

كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم والفرق بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة ألا ترى أنه لو أقام البينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا (قوله وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان) اختلفوا في تأويل نقصان الارض قال نصير بن يحيى رحمه الله في نقصان الارض انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة رحمه الله ينظر بكم تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الارض قيل رجع محمد بن سلمة رحمه الله الى قول نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التتمة وفيه أيضا ان من زرع أرض الغير بغير اذنه وبغير عقد مزارعة هل لصاحب الارض أن يطالبه بحصة الارض قال شيخ الاسلام أبو الحسن رحمه الله تعالى ان كان عرف أهل تلك القرية انهم يزرعون أرض الغير على وجه المزارعة من غير عقد واذن وفي فتاوى الفقيه أبي الليث ان الزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه نقصان الارض ان كانت الارض قد انتقصت بسبب الزراعة (قوله يأخذ رأس ماله) وهو البذر وما أنفق وقدر ما غرم من النقصان وصورته اذا غصب أرضا وزرع فيها كرا

عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين أن الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا (وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان) ويعرف النقصان بان ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت

(قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

وسنذكر الوجه من الجانبين قال (واذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص فى يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب

لازوالها بوجه خاص وهو أن يكون بفعل فى العين وهذا يعنى مجموع ما اعتبر فى حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل فى العين لا يتصور فى العقار لان يد المالك فى العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها أى عن العين المغصوبة وهو أى ذلك الاخراج فعل فى المالك لا فى العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل فى العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه فى يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم والامام الثانى ويخرج الجواب عما ذكر فى دليل امامنا الثالث والشافعى كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعرى باى دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل فى العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه فى اخراج المالك أظهر اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فمرا على أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال ولم يوجد فى العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل فى الضمان فيستدعى وجود مثله منه فى المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف فى تعليل قولهما وهذا لا يتصور فى العقار بان قال للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ اذ ليس فى الخصوم من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور أن يقول الخصم انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد (قوله وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر فى قوله واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لا محالة وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن أن يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لان المعنى اللغوى فى المنقولات الشرعية معنى مجازى بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف فى علم الاصول بل فى علم البيان أيضا فلا بد فى ارادة المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية فى تخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعى بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب فى قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر

فاخرجت أربعة أكرار ونقصتها الزراعة ما يبلغ قيمة كر ولحقه من المؤن ما يبلغ كرا فاخذ منه ضمان النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كرا ولحقته مؤنة كر وضمن قدر قيمة كر ففضل الخارج عن رأس ماله بكر فتصدق به لانه ربح ما لم يملك وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق به لان المنهى ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن (قوله وسنذكر الوجه من الجانبين) أى فى هذا الفصل فى مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة (قوله وعند العجز عن رده تجب القيمة) هذا على قول من يقول بان الواجب الاصلى فى الغصب رد العين (قوله أو يتقرر بذلك السبب) على قول من يقول بان الواجب الاصلى فى الغصب هو القيمة ورد العين مخلص (قوله وان نقص فى يده ضمن النقصان) أى اذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان وسواء كان ذلك النقصان فى بدنه بان كانت جارية فاعورت أو كانت شابة فصارت عنده عجوزا أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو لم يكن

رد

ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلاهما مواضع قال (واذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة يعنى على رأى من يرى أن الموجب الاصلى فى الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو تتقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى من يرى رأى أن الاصل هو القيمة و رد العين خلف عنه فان هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أى ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل فى ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغصوب (فى يد الغاصب) ولم يجبر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان فى بدنه مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو فى غير بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسى الحرفة (لانه دخل فى ضمانه بجميع أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء (فما تعذر رد عينه و (ما تعذر رد عينه

كبا

ردقيمته) وأما اذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما أن يكون فى الرد مكان الغصب أولا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر و يطالبه بالقيمة (٢٥٥) وله أن ينتظر فقوله (بخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف يعنى اذا نقص شئ من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شئ من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت فى يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض هذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رحمه الله (ومراده) أى مراد القدورى رحمه الله بقوله وان نقص فى يده ضمن النقصان (غير الربوى أما فى الربويات) كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم فى يده (فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا) لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شئ له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله قال (ومن غصب عبدا فاستغله) أى ومن غصب

رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد فى مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضى الله عنه ومراده غير الربوى أما فى الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضى الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار

(قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى من المنقولات لعموم الحكم المذكور فى جوابها كلامهما مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى فى صورة المثل على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر أن المعتبر فى هاتيك الصورة عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص فى يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول فى هذا التعليل قصور اذ قد صرح فى عامة الشروح بان مسئلتنا هذه تعم ما كان النقصان فى بدن المغصوب بمثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها وما كان فى غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسى الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى فى الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى فى التعليل أن يقال لانه يدخل جميع أجزائه وأوصافه فى ضمانه بالغصب فانه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتى وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوى أما فى الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا) يعنى أن مراد القدورى بقوله وان نقص فى يده ضمن

فى بدنه كما لو غصب عبدا محترفا فنسى ذلك عند الغاصب أو كان قارئا فنسى القرآن (قوله بخلاف تراجع السعر اذا رد فى مكان الغصب) وانما قيد به لان تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فللمالك الخيار بين أخذ القيمة و بين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده وفى الايضاح ولو غصب منه عينا ثم لقيه فى بلد آخر والعين فى يده والقيمة فى هذا مثل القيمة فى مكان الغصب أو أكثر فللمغصوب منه أن يأخذها ولا يطالب بالقيمة لانه وصل اليه عين حقه من غير ضرر وان كان السعر فى هذا المكان أقل من السعر فى مكان الغصب فللمغصوب منه الخيار ان شاء أخذ القيمة فى هذا المكان وان شاء انتظر لانه اذا أخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب وهو النقل الى هذا المكان فكان له أن لا يلتزم الضرر و يطالبه بالقيمة وله أن ينتظر بخلاف ما اذا وجده فى البلد الذى غصبه فيه وقد انتقص السعر حيث لا يكون له خيار لان النقصان ما حصل بفعل مضاف الى الغاصب وانما هو لمعنى راجع الى فتور رغبات الناس فلم يضمن (قوله وبخلاف المبيع) فان المبيعة اذا اعورت فى يد البائع لا يجب شئ فى مقابلته ولكن يخير المشترى بين أن يأخذها بكل الثمن أو يتركها لانه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف أما ضمان الغصب فتعلق بالفعل والفعل حل الذات بجميع الاجزاء والاوصاف فكانت مضمونة (قوله ومن غصب عبدا فاستغله) أى آجره وأخذ غلته فنقصته الغلة أى العمل فى الاجارة (قوله فعليه النقصان

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر و يطالبه بالقيمة) أقول الضمير فى نقله راجع الى الغاصب والضمير فى له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير فى يطالبه راجع الى الغاصب قال المصنف (قال رضى الله عنه وهذا عندهما أيضا)

عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا فى العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف رحمه الله أنه حصل فى ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل فى ضمان الغاصب وأما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب أى سلمنا أنه حصل فى ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف فى ملكه مستندا فانى يكون الخبث أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا

لابي يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص

النقصان غير الربوى وأما فى الربويات أى فى الاموال الربوية التى لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان فى الوصف مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا هذا فحوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات فى الاوصاف كما اذا غصب حنطة تعفنت فى يده اذ لا اعتبار للتفاوت فى الوصف عندنا فى الاموال الربوية فيؤدى تضمين النقصان فى الوصف مع استرداد الاصل الى الربا لا محالة وأما فيما اذا كان نقصانها فى الاجزاء كما اذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلا أو وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقى من الاصل بلا تأد الى الربا أصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدورى بغير الربوى والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل فى الربويات مطلقا فتامل وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أى مراد القدورى بقوله وان نقص فى يده ضمن النقصان غير الربوى أما فى الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم فى يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شئ له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه (أقول) تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر فى الكافى وما ذكر فى النهاية نقلا عن الايضاح الا أنه منظور فيه عندى أما أولا فلانه قد صرح فى شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفى سائر المعتبرات أيضا بان الوزنى الذى فى تبعيضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلى بل هو من ذوات القيم ولا شك أن اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا باناء فضة انهشم فى يده وأما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور فى المثليات دون ذوات القيم التى منها اناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فلعل الحق فى حكم غصب اناء فضة اذا نقص فى يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخى من أن صاحبه بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شئ له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخى هكذا وان كان الاناء فضة فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شئ له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه وان شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال وفى المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداءة والصنعة فى الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا اه (قوله لابي يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لان الذى حصل فى ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب بدون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر أن الغلة أى الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت

أقول الظاهر تقديم أيضا على قوله عندهما (قوله لكنه بسبب خبيث) أقول أى لكنه حصل أو لكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجئ الحديث بتفصيله فى الدرس الآتى قال المصنف (والملك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة اذ الم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما اذا

لما بينا) أراد به قوله لانه دخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب (قوله وما هذا حاله فسبيله التصدق) كما اذا

ضمن قيمة العبد كله وفى أكثر النسخ والملك المستند ناقص فلا مجال للحمل على هذا الاحتمال الا بجعل اللام عهدية فلا

(قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فانه اذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك فى حق حل الوطء الذى فات

فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت (فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك فى يد المشترى ثم استحق وغرمه المشترى فان الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن الى

المشترى لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره) أى غير الغلة بتأويل المذكور أو الاجر أو المال (لانه محتاج اليه وللمحتاج اليه أن يصرفه الى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث (فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال) أى وقت استهلاك الثمن (وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شئ عليه وان كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب اذا تصرف فى المغصوب أو المودع فى الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد مر فى الدلائل وجوابه فى الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف فى غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء فى وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان

فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان) لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو أدى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك فى يد المشترى ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشترى الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله أن يصرفه الى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع اذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما فى الوديعة أظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف فى ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة أما فيما لا يتعين

فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشئ من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال وفى المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنى وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشئ من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة فى أداء الثمن الى المشترى ففى هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن فى حق الغلة المصروفة الى حاجته فى حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا أولا يرى أنه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد أصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا أن يقال وجه تأثير الغنى السابق فى تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل أن يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم أداء الثمن الى المشترى فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك

اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا وباعها وربح فيها تصدق بالربح لتمكن الخبث فى الربح على ما مر فى فصل أحكام البيع الفاسد (قوله لان الخبث لاجل المالك) هذا جواب سؤال ذكر فى المبسوط حيث قال فان قيل القيمة دين فى ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هى واجب التصدق لخبثها ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه ان يتصدق بمثله قلنا نعم ولكن التصدق بها لم يكن حتما عليه ألا ترى انه لو أسلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك ان يتناول ذلك وليس على الغاصب شئ آخر فهو بما صنع يصيره مسلما الى المالك ثم يصير المالك مبرئا عن ذلك القدر من القيمة لما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق (قوله بخلاف ما اذا باعه فهلك فى يد المشترى ثم استحق) أى الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشترى يضمن المالك المشترى قيمته ورجع المشترى على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب فى أداء الثمن بالغلة لان الخبث فى الغلة ما كان لحق المشترى فلا يزول بالوصول الى يده بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده (قوله وقت الاستعمال) أى وقت استهلاك الثمن (قوله وقد مرت الدلائل) أى فى المسئلة التى قبل هذا وهى مسئلة من غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة (قوله ثم هذا ظاهر) أى عدم طيب الربح (قوله فيما يتعين بالاشارة) كالعروض (قوله

تداولته الايدى ثم هذا أى عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير

قال المصنف (فيزول الخبث بالاداء اليه) أقول لعل الخبث بالنسبة الى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب فى أداء

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه أربعة أوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه أيضا

وهو أنه اذا دفع الى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلابد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لانه اذا نقدمنها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبث وان أشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق (وان اشترى بألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء) بل يرد عليه مثل ما غصب (في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) (فصل

كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لابد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف الى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شيء وهو أن الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه فبعد أن صرفها الى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ اللهم الا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) أقول في عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤل الى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشيء اشارة الى نفسه والى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا أشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ماخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار اليها ونقد منها بدل قول المصنف اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما أن يشير

كالثمنين) أي كالدراهم والدنانير (قوله وقال مشايخنا لا يطيب قبل أن يضمن) وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط وحاصله أنه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة تثبت الخبث ولا يثبت في الدراهم الا الشبهة لانه اذا أشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر واذا نقد استفاد به سلامة المشترى فاذا أشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه دينار أو جيد أو ردىء والمقدار واذا نقد ولم يشر استفاد بها سلامة فاما ان يصير عنها عوضا فلا فثبت أنه لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث (قوله لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) لان الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوي فلا فضل ولان الخبث يعمل في التصدق لا في التضمين اذ الانسان لا يضمن باتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة التضمين ولا سبيل الى التضمين فسقط أصلا

ما وجب عليه بتلك الغلة كمن أدى دين زيد بمال الآخر فليتأمل فان جوابه غير شاف قال المصنف (لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا المجموع كما لا يخفى

بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلم يظهر الربح *(فصل)* لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز

عما اذا تغيرت بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله (كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيها اشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على أنه لابد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه (عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

اليها وينقد من غيرها واما أن يطلق اطلاقا وينقد منها أو يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب الا أن يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشترى قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأي الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسي
(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اهـ (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب الا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أحرى منه وأما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بان يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) (قوله حتى زال اسمها) احترازا عما اذا غصب شاة وذبحها لانه فات أعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه يقال شاة مذبوحة (قوله وأعظم منافعها) كما اذا غصب حنطة وطحنها لان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهي جعلها بذرا وهريسة وكشكا وغيرها (قوله زال ملك المغصوب منه عنها) أي تجب القيمة في الشاة اذا طبخها وشواها على الغاصب وفي الحنطة المثل ويزول ملك المغصوب منه على وجه لو أبى المالك أخذ القيمة وأراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك لان الملك قد زال كذا في الايضاح (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) وفي الايضاح روي عن أبي يوسف ثلاث روايات أحدها مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والثانية ان حق المالك لا يسقط عنه ولكن ملكه يزول عنه ويباع له العين في دينه وهو أحق به من جميع الغرماء ان مات وفي رواية له أن يأخذ الدقيق ويبرئ الغاصب من ضمانه لانه يؤدي الى الربا لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب) *(قوله والظاهر أنه تأكيد لان قوله زوال اسمها يتناوله الخ)* أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجيء من الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربها فتأمل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روي عن أبي يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدى الى الربا) اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن فى تفريق الاجزاء لا فى احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع فى الثوب ألا ترى أن الربا يجرى بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة (وعند الشافعى يضمنه) لان على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين فى الاموال الربوية جائز وهو رواية عن أبى يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه غيره لكنه يباع فى دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعى) عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الواجب الاصلى فى الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لانها تابعة للاصل (كما اذا هبت الريح فى الحنطة وألقتها فى طاحونة فطحنت) فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل فى صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فى الاصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة (وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وأربها) أى جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا (واحدا أنها صير) جنس (حق المالك هالكا من وجه الا

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدى الى الربا وعند الشافعى يضمنه وعن أبى يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع فى دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعى أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح فى الحنطة وألقتها فى طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا عدم الفعل أصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه

فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فان كون قيد وعظم منافعها فى هذه المسئلة مذكورا لمجرد التأكيد مع وقوعه فى عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا تقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربها فانه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكها كما سيأتى فى الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتى التصريح به فى عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها فتدبر (قوله غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح فى بيان قول المصنف فيما سيأتى ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فانى يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم الا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف

كالقطع فى الثوب والذبح والسلخ فى الشاة والدليل على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة فلما ثبتت الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ الحنطة ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربا فكذلك ههنا (قوله ولا معتبر بفعله) جواب اشكال مقدر وهو أن يقال فيما ذكرت من الاستشهاد لم يوجد فيه الفعل وفى المتنازع وجد الفعل (قوله ولنا أنه أحدث) احترز به عن الحدوث (قوله صنعة متقومة) فى الربوية منقوذة (قوله صيرت حق المالك هالكا من وجه) احتراز عما اذا صبغ الثوب المغصوب أصفر أو أحمر فانه لا ينقطع حق المالك مع أنه أحدث صنعة متقومة ولكن لم يكن هالكا من وجه ألا ترى أنه لم يتبدل اسم الثوب ولم يفت أعظم المقاصد

قال المصنف (غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع فى دينه) أقول قوله لكنه ليس فى محله والظاهر أن يقال فيباع فى دينه (قوله قوله وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا) أقول فيلزم أن يكون تعليلا لعدم

ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه) أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف فى الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا الترجيح كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشى والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بانه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين

ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذى هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ

لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر فى مثله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعى أن العين باق الخ) قال صاحب العناية قوله وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا (أقول) ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا فى نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدى الى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبى وهو قوله وعند الشافعى يضمنه وقوله وعن أبى يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف اه (أقول) ليس هذا بشئ لان معنى قوله للشافعى أن العين باق أن له فى اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطفا على قوله لانه يؤدى الى الربا الا أن له فى اثبات مذهب أبى يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور ههنا لزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند اقامة أدلة المذاهب له كذا ولنا كذا اذ لا شك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فانه معطوف قطعا على قوله للشافعى أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما قاله الشافعى بلا ريب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له فى اثبات مذهبه كذا ولنا فى اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاريب ولا يقال شاة ماروبة بل يقال لحم ماروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك

(قوله ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد) فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة بينهما وقد ثبت الثانى فيكون الاول مستهلكا ضرورة أن الشئ الواحد يستحيل أن يكون شيئين فاذا هلك الاول بفعله صار ضامنا له والدقيق حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه فصارت الصنعة راجحة فى الوجود وترجح الاصل يرجع الى الحال والرجحان فى الذات أحق من الحال وأما قول أبى يوسف جريان الربا بينهما دليل على بقاء المجانسة فقلنا بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث ان عمل الطحن صورة فى تفريق الاجزاء وباب الربا مبنى على

جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف وليست الواو فى نسختنا موجودة وهو الاصوب (قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال أكمل الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود وقوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع الى الرجحان قال المصنف (ولا نجعله سببا للملك) أقول أى لا نجعل الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المفعول الثانى (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل) أقول الاظهر أن يقال جهة كونه تصرفا فى ملك غيره على سبيل العدوان والا فتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلا للحاصل الا أن يقال يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول فى أول الفصل وفى باب الربا أيضا (قوله بل يقال لحم ماروب) أقول الظاهر ماروب أو مؤرب

بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ماء والمتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك و بفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على

وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن و زفر وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الاسارى أفاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان فى اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما فى الملك الفاسد واذا أدى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضى وكذا اذا أبرأه لسقوط حقه به

أجيب بانه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ماهو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول) الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعى من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاريبها فانه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعا أن يقال الكلام فى الشاة التى ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التاريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعى نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعى بما قرر فى الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب

الاحتياط فابقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع فى الثوب والذبح فى الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة فان قيل بالسلخ والتاريب نزول اسم الشاة فكان ينبغى أن ينقطع حق المالك بعد التاريب قلنا بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية و بالسلخ والتاريب لا يفوت ماهو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبديل العين فبقيت مملوكة لصاحبها (قوله وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك و بفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع حق المالك (قوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) فيه اشارة الى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص فى المبسوط انه يحل بالقضاء لانه بمنزلة الاداء لحصول رضا المالك عنده لانه لا يقضى الا بطلبه (قوله أفاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك) روى ان النبى عليه السلام كان فى ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها القمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبر أنها ذبحت بغير حق فقال الانصارى كانت شاة أخى ولو كانت أعز منها لم ينفس علىّ بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى فامره بالتصدق بها بيان منه ان الغاصب ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكنه وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه وانه لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء فان قيل انما يتصدق عندكم بالربح لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج قلنا روى عن محمد رحمه الله انه يتصدق بالاصل فبقى الباقى على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا فى الاسرار

ما يجيء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله (لا يحل له) ظاهر وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكر فى الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمى عن أبى بردة عن أبى موسى رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى ضيافة أنصارى فقدم اليه شاة مصلية أى مشوية فاخذ منها القمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرنى أنها ذبحت بغير حق فقال الانصارى كانت شاة أخى ولو كانت أعز من هذا لم ينفس علىّ بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعنى المحبسين فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (قوله ولان فى اباحة الانتفاع) دليل معقول وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما فى الملك الفاسد وقوله (واذا أدى البدل) راجع الى قوله حتى يؤدى بدلها وكلامه واضح

وكذا

وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبى يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفى الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم

(قوله وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضى الا بطلبه) فى المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح فى تفسيرهما فقال صاحب الكفاية فى شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون المغصوب منه ممن كان القاضى ولياله أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضى الا بطلبه اه واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال فى بيان قوله أو ضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال فى تفسير ذلك يعنى اذا كان مال اليتيم (أقول) يرد على الاحتمال الاول أن قول المصنف فى التعليل لانه لا يقضى الا بطلبه غير مساعد لذلك لان من كان القاضى وليا له لا يلزم منه الطلب فى قضاء القاضى له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا ويرد على الاحتمال الثانى أن قول المصنف قبل هذا وكذا اذا أدى بالقضاء يابى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول بان طلب القاضى فى حكم طلب من كان القاضى وليا له لكونه نائبا منابه فكان القضاء هنالك أيضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثانى بانه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البدل من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا أدى بالقضاء أداء البدل بالقضاء فافترقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان اه (أقول) يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل واذا أدى البدل يباح يغنى عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البدل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا ويمكن أن يجاب عنه بانه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل واذا أدى البدل أداؤه برضاه دون مطلق الاداء والا يلزم استدراك قوله وكذا اذا أدى بالقضاء وأداؤه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراك بقى الكلام فى قول صاحب الكفاية أو تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضى الاستدراك اذ التراضى قد كان معتبرا فى قول المصنف واذا أدى البدل يباح كما يدل عليه تعليله هنالك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضى ويمكن أن يجاب عنه أيضا بان المراد ههنا التراضى على مقدار من الضمان أى على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضى على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن حمل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضى على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا وقال تاج الشريعة فى تفسير قوله أو ضمنه المالك أى طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) فيه أيضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى

(قوله أو ضمنه الحاكم) يحتمل أن يكون المغصوب منه ممن كان القاضى وليا له أو أن يكون المراد منه قضى بدليل قوله لانه لا يقضى الا بطلبه ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان (قوله وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها) أى ملكها الغاصب عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (قوله غير أن عند أبى يوسف رحمه الله يباح الانتفاع بها) أى فى الحنطة التى زرعها والنواة التى غرسها بالغصب لوجود الاستهلاك من كل وجه اذ لم يبق عين تعلق حق المغصوب منه فيباح الانتفاع بخلاف

وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعنى اذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) اشارة الى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا وقوله (وأصله ما تقدم) اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أوذهبا) اذاغصب فضة أوذهبا فضربها دراهم أودنانير أوآنية لم يزل ملك مالكها عند أبى حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شئ للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صيرا حدا نها حق المالك هالكا من وجه ألاترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات وبعد ماضرب به صلح لذلك وفى ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابى حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ألاترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهى الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح

الخ وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لا أنه هلاك العين بها من وجه وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه أنها غير متقومة فى جميع الاحوال لانها لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها فى الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه والوجه

قال (وان غصب فضة أوذهبا فضربها دراهم أودنانير أوآنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبى حنيفة فيأخذها ولا شئ للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ألاترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألاترى أن الاسم باق ومعناه الاصلى الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعى للمالك أخذها

فتامل (قوله ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها اه قال صاحب العناية بعد نقل ما فى الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت فى قوله ووجه آخر لنا فيه اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتامل فى قوله ووجه آخر لنا فيه لان حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعى ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولاريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أنه لافرق فى هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس اذلاشك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور وعلى كل حال فلابد أن يتحمل الثانى لدفع الاول على كل حال عملا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر

غيرهما لقيام العين فيه من وجه (قوله ألاترى أنه كسره وفات بعض المقاصد) بيان لقوله صير حق المالك هالكا من وجه (قوله والتبر لا يصلح رأس المال فى المضاربة) بيان لفوات بعض المقاصد وهو انه كان قبل الكسر والصنعة سلعة يتعين بالتعيين وقد فات هذا المعنى (قوله ألاترى ان الاسم) أى اسم الذهب والفضة باق (قوله جرى فيه الربا باعتبار كونه موزونا) وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجه من الوزن وان يكون مال الربا حتى لو باع قمقمة بقمقمتين يدا بيد يجوز (قوله وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة) أى صلاحيته بعد الضرب لرأس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لامن حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة فى هذا الحكم كالدراهم والدنانير فلا تتبدل العين بالصنعة (قوله وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا) أى ليست متقومة فى كل الاحوال بل فى بعضها اذا كسر اناء فضة أوذهب يضمن قيمته من خلاف جنسه وان وجده صاحبه مكسورا ورضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح (قوله ساجة) بالجيم وهى الخشبة العظيمة جدا والخشبة المنحوتة المهيأة للاساس ونحوه كذا فى المغرب

(ومن غصب ساجة) بالجيم وهى الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء ستأتى بعد هذا (فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها عنها وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت فى قوله ووجه آخر لنا فيه (وقال الشافعى رحمه الله للمالك أخذها

قال المصنف (ومن غصب ساجة) أقول هو أول مسئلة خالف فيها الشافعى أصحابنا رحمهم الله كذا فى بواقيت العلوم للامام الرازى (قوله فى قوله ووجه آخر لنافيه) أقول يعنى فى الحوالة الذى ذكر فيه عن السؤال

والوجه من الجانبين قدمناه) يعنى فى أول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ (ووجه آخر لنافيه) أى فى تعليل هذه المسئلة (أن فيما ذهب اليه) الشافعى (اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك

فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أوأدخل اللوح المغصوب فى سفينته) والسفينة مع من عليها فى لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لالان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخى والفقيه أبو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى فى حوالى الساجة لانه غير متعد فى البناء وأما اذا بنى على الساجة ينقض لانه متعد فيه)

والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أوعبده أوأدخل اللوح المغصوب فى سفينته ثم قال الكرخى والفقيه أبو جعفر انما لا ينقض اذا بنى فى حوالى الساجة أما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه

وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فانما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتامل فى قوله والوجه من الجانبين قدمناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ولاشك أن قيمة البناء اذا كانت أكثر من قيمة الساجة كان البناء غالبا على الساجة فيصح اذ ذاك أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فانما تكون الساجة غالبة على البناء فليشكل هناك أن يقال انه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تامل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعى رضى الله تعالى عنه اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا فى غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتى فى الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام فى انتقاض هذا الوجه المذكور فى مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أوعبده أوأدخل اللوح المغصوب فى سفينته) قال فى العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لالان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اه (أقول) ليس ذلك بشئ اذ لا يجب فى صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه فى جميع الاحوال بل يكفى اشتراكهما فى العلة التى هى مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة فى المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق فى المقيس أيضا بلاريب على أنه لو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذلا

(قوله والوجه من الجانبين قدمناه) أى فى أول هذا الفصل فى قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب (قوله ووجه آخر لنا فيه) أى ودليل آخر فى تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه اضرار الغاصب يعنى لابد فى هذا من الحاق الضرر باحدهما أما فى حق الغاصب بنقض بنائه وأما فى حق المالك بانقطاع حقه عن الساجة وضرر المالك مجبور بالقيمة وفيه ضرر نقل المالية من العين الى القيمة بدون اختياره الا أن فى الاضرار بالغصب اهدار حقه وفى قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفر المالية ونقل حقه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان فضرر النقل دون ضرر الابطال (قوله اذا بنى فى حوالى الساجة)

(قوله قلنا ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول أى من العلتين أعنى التلف وتملك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتامل

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبنى عليها (يرد ذلك وهو الاصح) قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البناء عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشئ من ذلك الا بالنقض والتغير يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك

الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمنه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجئ ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الاغراض اذ لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو

وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب

يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيساها هنا ولا تتحقق فيه العلة المعتبرة في المقيس عليه وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في قول وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظر لان القدوري يروى عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد بمجرد جواب القدوري قول الكرخي وسندروايته اليه نعم يجوز ترجيح قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل أما بمجرد الرواية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساقط لانه ان أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره أو في المسئلة التي نحن بصددها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما اذا بنى على نفس الساحة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما أسقطه بكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بان بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بان قال فبنى عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية يخالفه ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور) وهو ما أعد للذبح من الابل من

بان أدخل الساحة في وسط الجدار للاحكام لا للبناء عليه كما في الابواب والابنية المرتفعة (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) حيث قال لا ينقض البناء مطلقا من غير تفصيل ولانه ذكر في الكتاب وبنى عليها وذكر شمس الائمة بعد تقرير ما قال الكرخي وأبو جعفر ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد في كتاب الصرف انه لو غصب نقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في هذا العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه (قوله وهو الاصح) لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل التركيب تصلح لطبخ القدور وأبواب الدور وبعد التركيب لا تصلح لشئ منها الا بعد النقض وقيام الشئ بمنافعها يكون فلما فاتت منافعها من وجه صارت هالكة من وجه ولانها كانت نقلية والآن صارت من العقار ولهذا صارت تستحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه فثبت أنه تغير عما كان

(قوله وجواب الكتاب الى قوله قيل لانه تغير الخ) أقول فيه يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساحة بحالها غايته أن البناء عليها مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فانها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر فالاولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب أن لا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فالمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أن لا فرق في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذا اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان (قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره أن الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها اعاة والمقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القدوري الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بان لا يصلح لثوب ما

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه) لان العين قائم من كل وجه وانما

الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث كذا في المغرب وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور وهي التي أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين منها فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال له لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) ان قوله لا مجال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحمر بل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ الثوب كما سيأتي فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه)

عليه والتغير يوجب انقطاع حق المالك (قوله وكذا الجزور) وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية واحترز به عما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يضمنه شيأ في ذبح الشاة اذا أخذها لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة من حيث التقريب الى الانتفاع باللحم وما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه نقصان باعتبار تفويت بعض الاغراض (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن

يجب أن لا يكون غاصبا (قوله قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقاني فلا يرد على كلامه ما ذكر من وجهي النظر وان شئت فراجعه

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعنى من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر أن الثوب اذا قطع يفوت شئ من أجزائه (وجنس المنفعة) (٢٦٨) يعنى أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه و يبقى بعضهم (واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان)

دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضى الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل فى الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا

قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهما فى الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعنى فى ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثانى أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال فى الاول انه اتلاف من وجه وفى الثانى لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال فى قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم فى قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذى مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شئ من وجهى نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله فى الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادى على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين

يضمنه جميع) قيمتها أى الواجب ههنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان وفى المنتقى روى هشام عن محمد رحمهما الله رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمار انسان ذبحا فقال صاحبه انى أضمنه النقصان ولا أسلم الجلد اليه فان كان للجلد والحمار ثمن فله ذلك وان قتله فليس له ذلك قال هشام لان ذبحه بمنزلة الدباغ (قوله والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و جنس المنفعة) اختلف المتأخرون فى الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ان أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وان كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير وقال بعضهم الفاحش ما لا يصلح بعده لثوب ما واليسير ما يصلح بعده لثوب ما وذكر فى الاوضح أن الخرق الفاحش فى المخيط أن يستنكف أوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفى غير المخيط وغير المقطوع أن لا يمكن أن يخاط منه ما يشترى لاجله الا بدرز مستبين فى غير موضع الدرز واليسير ضده وذكر فى الخصائل ان كان لا يخل لمنفعة اللبس فهو يسير وان كان يخل لمنفعة اللبس لكن يمكن اصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للقباء قبله و بعده لا يصلح له و يصلح للقميص مثلا وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر أن الثوب اذا قطع يفوت من أجزائه شئ لا محالة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما لا

يعنى من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره (لان محمدا رحمه الله جعل فى الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال واذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته و يترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص و بعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه فان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو الى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة والفائت بلفظ الثوب اشارة الى أن الحكم عام فى الذى يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالمكر باس

والفائت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك

ماكول اللحم وغير ماكول اللحم فى قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفى خيار المالك بين تضمين قيمتها و بين امساك الجثة وتضمين نقصانها و يكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال وفى المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لمانع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك وأخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيد بان كان لما بقى قيمة كما ترى و يجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقى بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه وكأن صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال فى شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها أى الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان ونقل ما فى المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله لقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق) صححه فى المغرب بتنوين عرق حيث قال أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا فى العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر فى المغرب شئ وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال أى لذى عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا و بينهما تنافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا لعرق كما قالوا فى قول النبى صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه أن قوله محرم صفة ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير الى التجوز وجه وعن هذا ذكر الزمخشرى فى الفائق ما ذكره المطرزى فى المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أى لذى عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا أن هنا لك مضافا محذوفا مقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لانه معرفة اه (أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فان ذا الذى بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا و يكون نكرة ان أضيف الى نكرة ومعرفة ان أضيف الى معرفة وعن هذا قال الجوهرى فى صحاحه وأما ذو الذى بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة أضفته الى نكرة وان وصفت به معرفة أضفته الى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف اليه الذى فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لانه معرفة وكأن وهمه ذهب الى ذى التى هى مؤنث ذا من أسماء الاشارة التى هى من أنواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم نبوة (قوله ولان ملك

يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل فى الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع فى المبسوط ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الغصب اذ غصب الغاصب ثوبا وقطعه قميصا فقبل أن يخيطه جاء المالك فهو بالخيار ان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع قميصا بقى صالحا للقميص وان لم يبق صالحا للقباء والساقط من القيمة يكون أقل من الربع أيضا وقد اعتبره خرقا فاحشا حيث خير المالك فكان الصحيح من التحديد على ما قاله محمد رحمه الله أن يقال بان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير من الخرق ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان (قوله ليس لعرق ظالم) بتنوين عرق

قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضى الامام أبو على النسفى يحكى عن الكرخى رحمه الله أنه ذكر فى بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وان كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال فى لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعتها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذا اذا دخل قرن الشاة فى قدر الباقلانى وتعذر اخراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه و يتملك مال صاحبه و يتخير بعد ذلك فى تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صححه

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه) أقول أى يؤمر صاحب الاكثر قيمة بامر تخييرى والضمير فى قوله الى صاحبه راجع الى الآخر (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صححه

صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) لان فيه نظر الهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعى فى الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن فى السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب

الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال أبو عصمة فى أصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه فى السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال فى الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبى حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف فى غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمتوهم أن يتوهم أن قوله فى التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافى وضع المسئلة فى الغصب بان قال ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور فى وضع المسئلة هو معناه اللغوى وبالغصب المنفى تحققه فى الارض فى اثناء التعليل هو معناه الشرعى على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر فى أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايخنا اختلفت فى غصب الدور والعقار على مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدورى فى قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا وكما فى قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة اه كلامه (أقول) قد مر منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا ان الغصب الشرعى يتحقق عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب فى يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعى لا يتخلف عنه عند أحد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب فى العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوى كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقق الغصب الشرعى فى العقار على أنه لو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف فى تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلل وأما الجواب الذى ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب فى العقار بانه لما كان فى صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوى مندوحة عنه كما لا يخفى

على وجه الصفة والموصوف ذكر فى المغرب أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن وأول الحديث فيما ذكره فى الفائق والغريبين من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق ثم قال هشام بن عروة وهو أن يجىء الرجل الى أرض قد أحياها رجل قبله فغرس فيها غرسا ليستوجب به الارض وفى الاوضح أنه فى بعض الروايات على الاضافة أى لغرس شجر ظالم (قوله لانه حقه فيه) أى لان حق الغاصب فى بناء أو شجر يؤمر بقلعه اذ لا قرار له ومعرفة قيمته مقلوعا أى مأمورا بقلعه أن تقوم الارض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم وليس فيها هذا الشجر فيفضل ما بينهما هو قيمة الشجر المأمور مالكه بقلعه ثم قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه لان المؤنة لحقت من قلع المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع لذلك (قوله لان النقض له بعد النقض) أى الحاصل من البناء المنقوض كالخشب والآجر له أى للغاصب أما الصبغ فيتلاشى ولم يحصل للغاصب منه شىء فلم يؤمر من الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه أصلا (قوله قال أبو عصمة رحمه الله فى أصل المسئلة) أى فى قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر وان شاء رب الثوب باعه (قوله بقيمته أبيض وصاحب الثوب بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع) لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الى صاحبه معنى ويضرب بقيمة الابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع لانه طريق ايصال حق كل واحد منهما الى صاحبه (قوله ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه) أى يتأتى قول أبى عصمة فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أيضا وقوله فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أظهر لانه اذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبرا تعين البيع طريقا للوصول الى حقه اذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة فاما فى الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقا للوصول الى حقه لان له تضمين الغاصب بالثوب الابيض (قوله وقد ظهر بما ذكرنا الوجه فى السويق) أى الجواب والتعليل فى السويق كالجواب والتعليل فى الصبغ والانصباغ أما حكمه فى الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء أخذها وغرم السمن وأما حكم السويق والسمن فى الاختلاط بغير فعل أحد فقد ذكر فى الايضاح ان السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصله والسمن كالتابع له فانه يقال سويق ملتوت وأما العسل والسمن فكلاهما أصلان (قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) فانه أجاب على ما شاهد فى عصره من عادة بنى أمية فانهم كانوا يمنعون عن لبس السواد وهما أجابا على ما شاهدا فى عصرهما من عادة بنى العباس بلبس السواد (قوله ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة) بان كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كان الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة والله أعلم بالصواب

في المغرب بتنوين عرق أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة أى ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله (فتقوم الارض الخ) يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعنى كما ان فى فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم تتضرر الارض به فكذلك ههنا لان فى كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله (لان التمييز ممكن) يعنى بالعصر وقوله (ولنا ما بينا) يعنى فى مسئلة الساحة بالجمع بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب

فى المغرب الى قوله بل يؤمر بقلعه) أقول ولا مجال لكون ظالم نعتا للذى لانه معرفة

الصبغ يعنى ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافى بينهما وتخيير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزى رحمه الله (فى أصل المسئلة) يعنى فى قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبى عصمة فى أصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) فى مسئلة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعنى جواب المسئلة وتعليلها (فى السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال فى الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه) أى من القيمة (المثل سماه به) أى سمى المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أى لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير فى منه وبه بتأويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ) معناه أن ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله

(قوله قال أبو عصمة المروزى) أقول هو سعد بن معاذ المروزى تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبى يوسف رحمهم الله

(فصل) لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار إن شاء صبر إلى أن توجد وإن شاء ضمنه قيمتها فإن اختار تضمين القيمة (فضمنها الغاصب ملكها) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق (ولنا أن المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله) يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فإنه قال في الأسرار قال علماؤنا رحمهم الله الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا تم الملك بذلك السبب ملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة (٢٧٢) بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا له فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع وقيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه قال

(فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

(فصل) لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب

(فصل) (قوله عدوان محض) أي ما فيه وجه إباحة فلا يصلح سببا للملك لأنه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا لأن أدنى درجاته أن يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا وصار كغصب المدبر (قوله ولنا أنه ملك البدل بكماله) أي رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه عن المبدل إلى ملك من وجب عليه البدل إذا كان المبدل محتملا للنقل من ملك إلى ملك دفعا للضرر وتحقيقا للبدل كما في سائر المبادلات وهذا لأن الضمان بدل العين حتى يتقدر بقيمة العين والأصل في الضمان أن يجب بقدر ما فوت لأن العدل إنما يتحقق بإيجاب مثل الفائت فإذا ثبت له الملك في البدل يدا وذاتا جعلناه مقابلا بالأصل يدا وذاتا فيزول ملكه عن المغصوب شرط الحكم شرعي وهو الضمان لأنه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء الأصل على ملكه إذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الشيء تابع له فصار حسنا بحسنه وإنما قبح لو كان الملك يثبت بالغصب (قوله نعم قد يفسخ التدبير الخ) هذا جواب إشكال وهو أن يقال يمكن نقل المدبر أيضا بأن باعه وخاصمه المشتري بالتسليم

(فصل)* (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فإنه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لأن الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك وعندنا لأن المدبر لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فإن عدم مناسبته لا يهمنا غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الإتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف يملك مستندا كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) إذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لأنه أثبته بالحجة الملزمة) فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول هذه المسألة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث (٢٧٣) لم يذكره وهو الأصح قال محمد رحمه الله في الأصل إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسألة لأنه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وإنما كان ذلك أصح لأجل الضرورة فإن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة وحين يغصب إنما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا لا يحتاج إلى تأويل أبي بكر الأعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لأن المقصود إثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فإما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أو لا فإن كان الأول كما لو ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وإن كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فإن قيل أخذه القيمة وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسألة الأولى أجاب بقوله

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لأنه أثبته بالحجة الملزمة قال (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب) لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي

والإ لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا اهـ وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فإن عدم مناسبته لا يهمنا غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب اهـ (أقول) كيف لا يهمنا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسألة وتزييف دليل خصمنا مما يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبه على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتزيف به دليله فإن قيل قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكماله الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جوابا آخر عما قاله الشافعي ولا يندفع به إشكال أن يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عند إمكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب إليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير إلى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الأسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه (قوله إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فإن عجز المالك عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي

وقضى القاضي بذلك فإن المشتري يأخذ المدبر فأجاب بأن ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القن لأنه بفسخ القاضي يعود إلى الرق (قوله إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فإن لم يكن للمالك بينة وجاء الغاصب ببينة أن قيمة المغصوب كذا قال بعض مشايخنا ينبغي أن يقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين ألا ترى أن المودع

(قوله فلا يكون في معنى المودع) أقول ينظر فإن الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينة مدعي الثمن الناقص إذا اختلفا في ثمن السلعة كما مر في الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الأصح) أقول فيه تأمل

(وأخذه دونها) أى أخذ المالك مادون الزيادة لايدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهى عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أودونه فى هذا الفصل الاخير) يعنى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكذلك الجواب) أى فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (فى ظاهر الرواية) وقال الكرخى رحمه الله لاخيار له فى

استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وهو) أى ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط مايدعيه من القيمة ومالم يتم الرضا لم يسقط الخيار قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد ولهذا يظهر فى حق الاكساب دون الاولاد على ماذكر والناقص يكفى لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشترى من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين فى رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفى رواية لايصح وقد تقدم فى بيع الفضولى (وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال (وثمرة البستان المغصوب أمانة فى يد الغاصب لاتضمن الا بالتعدى أو بالجحود عند طلب المالك) والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه فى شئ حتى تضمن بالتعدى لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعى رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أومنفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود فى هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت فى يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان فى حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرنا) فى أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضى أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لافرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب وولدت والرواية فى الاسرار وأجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا فى الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا اذ

الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال فى الكتاب وذلك بان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدى لايتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة لبتة والاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك فى الشراء وأجيب بان الضمان ليس بصفة قارة فى الام بل هو لزوم حق فى ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان فى مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا فى حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر فى غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب ان ماقلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لامحالة وأما أن كل مايوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك

الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أودونه فى هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخى رحمه الله أنه لاخيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له مايدعيه والخيار لفوات الرضا قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر فى حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفى لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة فى يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها اياه) وقال الشافعى زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أومنفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما فى الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت فى يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال فى الكتاب وذلك ان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه

أبو على النسفى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون فى معنى المودع كذا فى العناية وغيرها (أقول) فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد أن لا يكون الغاصب فى هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافى صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة فى قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما فى هذه الجهة كاف فى صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذى كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار فى معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بان هذا يقتضى أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لافرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب وولدت والرواية فى الاسرار وأجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا فى الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا فى العناية وكثير من الشروح (أقول) فى الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا مملوكا وقد تقرر فى محله أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولئن سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفى أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق فى غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال فى الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة فى هاتيك الصورة أيضا كما ذكر فى الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع)

اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته ومن المشايخ من فرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسئلة وهو الصحيح (قوله فى هذا الفصل الاخير) أى فيما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية وهو الاصح أى فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض وقال الكرخى لاخيار له لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله ووجه ظاهر الرواية ان الخيار لفوت الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعطه مايدعيه وجاز أن تكون قيمته مثل ماضمنه عند المقومين ولا تكون مثله عنده فلا يرضى به بدلا (قوله لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا) والثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه أو ضرورة اذ الدليل يأبى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا والملك نعمة وانما ثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر فى حق الاكساب دون الاولاد لان الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم فى التبع بثبوته فى المتبوع سواء ثبت فى المتبوع مقصودا بسببه أو شرطا لغيره ولان ملك الكسب أسرع نفوذا من ملك الولد بدليل ان الغاصب اذا آجر المغصوب يملك الاجر ولو أولد لا يملك والملك الناقص يكفى لنفاذ البيع ولا يكفى للعتق كملك المكاتب فان المكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه (قوله وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال أما الاكساب الحاصلة باستغلال الغصب فهى ليست من قبيل نماء المغصوب لانه لا يستقيم فيه الاستثناء بقوله الا ان يتعدى فيها أو يطلبها صاحبها فيمنعها لما ذكرنا ان الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وان استهلكها لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعى رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرنا أى فى أول الغصب بقوله وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله فى الزوائد مبنيا على الاختلاف فى حد الغصب (قوله ولو اعتبرت ثابتة) أى لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعا لملك الام فانه ما أزال اليد التقديرية اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه (قوله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كما لو باع الوديعة وسلمها فانه يكون ضامنا فان قيل فليس فى البيع والتسليم تفويت يد المالك فى الولد قلنا بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا كذا فى المبسوط

(قوله دون الاعتاق بالنص) أقول قال النبى عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

(قوله سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا) أقول فيه بحث فان الازالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله فان تفويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يفوت قلنا فرق بين التفويت والازالة فالاول لا يقتضى الثبوت (قوله وأجيب بان الضمان ليس بصفة قارة فى الام بل هو لزوم حق الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المغرور حر بالقيمة

وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر شايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية

أقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزأ من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لازالتها عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن أجزائه فلا يتصور اذ ذاك أن يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا نزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا و بين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لان الضمان مصدر لفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل و بهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به و بهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي محتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل و بهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به و بهذا الاعتبار هو وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب لا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد و يضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور موجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا الى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور موجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج

(قوله من الارسال) أي في الحرم (قوله بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع) لان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مامنه فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب للضمان (قوله ولو أطلق الجواب) أي لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا هلك قبل التمكن من الارسال في الحرم و بعد التمكن من الارسال فهو ضمان جناية أي ضمان صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه بالحرم أمن صيدا وذا في تنفره و بعده عن أيدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي

لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم و وجه ذلك أن القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جناية) أي اتلاف

(قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حينئذ لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسئلتنا مع أن المسئلتين الاوليين دلتا على أن مجرد اثبات اليد كاف في

ولهذا

لان صيد الحرم و زوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا (ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكرر هذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن أولى) قال (وما

ولهذا يتكرر بتكررها و يجب بالاعانة والاشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن أولى وأحرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام و بالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا أن سبب الزيادة والنقصان

الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا ههنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى أثره أكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندي للمعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاولى كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جناية كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرر بتكررها على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا ههنا اه تدبر تقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان

لاثبات اليد عليها (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) أي يتعدد بتعدد الجناية كما اذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا وقيل تكرر الجزاء بتكرر الجناية وهو أنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر و يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله كما في ولد الظبية) فان نقصان الظبية المخرجة من الحرم لا ينجبر بالولد (قوله وكما اذا ماتت الام) أي الامة بالولادة (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة) لانها أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية

الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده (قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمائر (قوله فعليه رد الجارية و رد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجبر

نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية و رد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيأ وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام و بقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فاضناه

التعليم فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا أن سبب الزيادة

واحدوهو الولادة أو العلوق على ماعرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع و ولد الظبية ممنوع

واحد وهو الولادة أو العلوق على ماعرف) ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية الى أن قول المصنف على ماعرف اشارة الى مايجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى أنه اشارة الى ماذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على مايجيء اه (أقول) لامجال عندي للحمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان و بما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولاشك أن ماهو سبب لاحدهما لايصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى الى قول المصنف فيما سيأتي وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لاتفضي اليه غالبا اه فان ذلك صريح في أن الولادة لاتكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضا لايكون سببا له لان افضاءه الى الموت أبعد من افضاء الولادة اليه كما لايخفى مع أنه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق ثم ان المعروف في الحوالة على مايجيء أن يقال على مايجيء أو على ماسيعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ماعرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ماعرف في طريقة الخلاف لاغير (قوله وعند ذلك لايعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح واعترض بانه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابرا النقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بان المصنف أشار الى جوابه بقوله لايعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا زبدة مافي النهاية والعناية (أقول) الجواب منظور فيه فان النقصان أمر محقق لامجال لانكاره وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لان لايعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف وعند ذلك لايعد نقصانا كما مر و يدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لايعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا الائمتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) * (أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين

الولد لانه وان كان موجودا قبل الانفصال لم يكن مالا حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال واذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع عن ملكه و يدخل الثمن في ملكه فلا يعد نقصانا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئا (قوله وهو الولادة أو العلوق على ماعرف) أي عند أبي يوسف رحمه الله سبب النقصان الولادة وعند أبي حنيفة رحمه الله العلوق و يظهر ذلك فيما اذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب فردها فماتت بالولادة فعندهما لايضمن لان سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك و يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله لان سببه العلوق وكان عند الغاصب وقوله على ماعرف اشارة الى هذا (قوله و ولد الظبية ممنوع) أي ينجبر نقصان الظبية

والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبي حنيفة رحمه الله على ماعرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية وزنى بها على مايجيء وعند ذلك لايعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات وصار كما اذا غصب جارية سمينة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما

قال المصنف (أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول قال

وكذا

وتقريره لانسلم أن نقصان الظبية بالولادة لاينجبر بقيمة الولد وكذا لانسلم أن الام اذا ماتت لاتنجبر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لاتفضي اليه غالبا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن مازاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لاتوجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لايعد زيادة لانه

وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لاتفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لابد من رد أصله للبراءة فكذا لابد من رد خلفه والخصاء لايعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان

الصورتين اذ لاشك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيهما أيضا ثم أقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لايلزم من

بالولادة بقيمة الولد فلا يرد نقضا ولئن سلم فهذا الولد لايصلح أن يكون خلفا عن الجزء الفائت لانه مضمون بنفسه فلم يجز أن يؤدى به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا (قوله وكذا اذا ماتت الام) يعني اذا ماتت الام بالولادة و بقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة ينجبر في رواية فلا يرد نقضا (قوله وتخريج الثانية) أي تخريج الرواية الثانية في أنه لاينجبر وهي ظاهر الرواية ان الولادة ليست بسبب لموت الام غالبا فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان فلم ينجبر وفي المبسوط فان ماتت الام بالولادة و بالولد وفاء بقيمتها في هذه المسئلة ثلاث روايات عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروى أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة و يضمن مازاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لاتوجب الموت أو النقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام فلا يكون بسبب الولادة و رد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبرا بالولد فكذلك اذا رد قيمتها وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لانه لما ماتت تبين أن الولادة كانت موتا من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لاتكون موجبة للزيادة وهذه الخلافة بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هنالك لم يكن الولد جابرا النقصان بالولادة (قوله اذ لايفضي اليه غالبا) ولا يقال أفضت في هذه الصورة فيكون سببا لانا نقول الاصل هو النظر الى أوضاع أسباب التصرفات لا الى أفرادها ألا ترى ان الصبي لايؤهل للطلاق والعتاق وان تحقق النفع في صورة لانهما في الاصل سببان للمضرة (قوله لابد من رد أصله للبراءة) يعني الواجب عليه رد الاصل بالصفة التي أخذها وما ردها بتلك الصفة وانما تكون تلك الصفة مع النقصان لو ردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فاذا لم يرد الولد الذي هو خلف عن النقصان لايبرأ (قوله والخصاء) الخصاء على فعال هو الصحيح لايعد زيادة أي في المالية لانها انما تتحقق

غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله أجيب بان المصنف رحمه الله أشار الى جوابه بقوله لايعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد أجيب بانه ملك المولى لامحالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطلت الخلافة وبقي في ملك المولى

فان قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما أشار اليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصانا الا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضا فلله در المصنف ما ألطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا

الزيادة أي أرقلعها الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اهو فيه أن السبب ليس بمتحد والفرق أن الثنية لاقيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بان المصنف أشار الى جوابه بقوله لايعد نقصانا الخ) أقول و يجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق و بيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري ماله بماله وقد مر تفصيله في باب المرابحة والتولية فراجعه (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمان الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يغصب الجارية فيزنى بها ثم يردها فتحبل فتموت فى نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه فى الحرة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه فى الامة أيضا اذا ماتت فى نفاسها بعدما ردها وتابعه المصنف فى قوله ثم ردها فحبلت بتقديم الرد على الحبل ووقع فى عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد ابيان أن الحبل كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لانسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده أجاب بقوله (والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب (كما اذا حمت فى يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت فى يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع) ولم يعلم المشترى بالحبل (فولدت عند المشترى وماتت فى نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابى حنيفة رحمه الله أن الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذى أخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما اذا جنت فى يد الغاصب فقتلت بها فى يد المالك أو دفعت بها بان كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت فى نفاسها (لانها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى (قوله وفى فصل الشراء) جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع

التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت فى نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه فى الحرة وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن فى الامة أيضا) لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت فى يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت فى يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشترى وماتت فى نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذى أخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت فى يد الغاصب جناية فقتلت بها فى يد المالك أو دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب

عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف عدم اتحاد اذ لا وجه عنده أصلا لان لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق فى القياس فى سقوط الضمان كما هو مدعانا لانه اذا سقط بالضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف فى الفرق بين القياسين ولم أسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اهـ (أقول) ليس هذا بشئ لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام فى نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيأ فيما نحن فيه (قوله والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه فى الظاهر أنه جعل الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بانها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضى اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل فى

لرغبة عامة الناس وهى ليست بمرغوب فيه عند العامة وانما هى رغبة بعض الجهال الظنهم أن الخصى كالمحرم ويظهر ذلك فيما اذا غصب غلاما قيمته خمسمائة وخصاه فلما برأ صارت قيمته ألفا فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته خمسمائة يوم خصاه وان شاء أخذ الغلام ولا شئ له فعلم بهذا أنه لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لانه لو كان له اعتبار لوجب على المالك ما زاد الخصاء فيه اذا اختار الاخذ كما فى غصب الثوب وصبغه أحمر وقول الشافعى رحمه الله ان ملكه لا يجبر بملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج الى الجبر (قوله ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت) أى ردها فتبين أنها حبلى (قوله وماتت فى نفاسها) قيد بالموت فى نفاسها ليكون الموت فى أثر الولادة (قوله وفى فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم) هذا جواب عن قولهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل هو ممنوع ولئن سلم فنقول ليس على البائع هنالك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو أنه مال متقوم وقد وجد ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهذا لا يقابلها شئ من الثمن وموتها فى النفاس لا ينعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق فى الرد كما قبض لان الاوصاف داخلة فى الغصب ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت فى يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فى

قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آنفا من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب لموت الام فتأمل فى دفعها قال المصنف (وفى فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزيلعى وفى فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل

طريق الفرق وهو أن فى فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم أى تسليم المبيع على الوجه الذى وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذى أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد شرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا تدخل فى الشراء ولهذا لا يقابلها شئ من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذى هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشترى عليه بالهلاك فى يده وأما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت فى يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا وأما اذا حمت فى يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت فى يد الغاصب أو حدثت فى يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم فى يد الغاصب بالشك (قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت فى يده الخ وتقريره أن الزنا الذى وجد فى يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت فى يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب فى يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعى رحمه الله مضمونة باجر المثل ولا فرق فى المذهبين بين التعطيل والاستعمال ويسمى الاول غصبا والثانى اتلافا فى شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعى وان عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله

يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفى فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا لجارح ولا متلف فلم يوجد السبب فى يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعى يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق فى المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها لا شئ عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فى امكانه اذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها

التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فى امكانه اذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن

الغصب يكون الرد بدونها ردا فاسدا (قوله وما ذكرناه شرط صحة الرد) أى الرد على الوجه الذى أخذ شرط صحة الرد حيث غصبها ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل وردت وفيها ذلك (قوله والزنا سبب لجلد مؤلم) أى الزنا الذى وجد فى يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجلد الجارح ولا المتلف ولهذا يختار سوط لا ثمرة له ولما جلدت فى يد المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب فى يد الغاصب فلا يضمن (قوله فلم يوجد السبب) أى سبب التلف أو الجرح فى يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف فى يد المالك كان سببا حادثا حدث فى يد المالك فلا يضمن الغاصب وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذى كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذا لا يحصل باول الحمى عند الغاصب وهى غير موجبة لما كان بعده أما الحبل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب للام الولادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول (قوله الا أن ينقص باستعماله) انما ذكر الاستعمال لما أن الظاهر أن النقصان انما يحصل بالاستعمال لان الغالب ان الغاصب انما يغصب للاستعمال (قوله ولا فرق فى المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها) أى فى حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعى رحمه الله (قوله له ان المنافع أموال متقومة) وهذا لان المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا والمشروع هو الانتفاع بالمال ألا يرى ان الاجارة من التجارة وهى مبادلة مال بمال والماذون والشريك يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال والاعيان انما كانت أموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ولهذا تقل مالية العين اذا قل الانتفاع به فاذا كانت الاعيان أموالا باعتبار منافعها فلأن تكون المنافع أموالا بنفسها أولى وهى متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها ألا ترى انها تقوم الاعيان فاستحال أن لا تكون متقومة بنفسها ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر ونحوه (قوله ولنا انها حصلت فى ملك الغاصب لحدوثها فى امكانه) أى فى تصرفه وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه فى يده والكسب للكاسب لقوله

(للشافعى رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الآدمى خلق لمصلحة الآدمى ويجرى فيه الشح والضنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالاجماع (فكذا بالغصوب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت فى امكانه) أى تصرفه وقدرته وكسبه اذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك لانها أعراض لا تبقى)

(قوله أى تسليم المبيع على الوجه الذى وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليم بوصف السلامة (قوله اذ الاوصاف لا تدخل فى الشراء) أقول فيه بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحمى والضعف) أقول أى ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث (قوله لانها أعراض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن أيضا لانها ترد مع أصلها

وما حدث في امكان الرجل فهو في ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها او بقاء الاعيان واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة و بما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ماذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها او بقاء الاعيان

لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الاشكال مع ظهوره وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار فانا لا نجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا ههنا الا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كلها استعسر بل متعذر تأمل تقف

* ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبى جوازها الا أنها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها او بقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على

عليه السلام كل الناس أحق بكسبه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا تبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه واتلافه لان اتلاف الشيء أو غصبه انما يرد في حال بقائه فلما لم تكن المنافع باقية استحال اتلافها وغصبها ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود أو في حال الوجود أو بعد الوجود ولا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال ولا الثاني لانه لو اعترض على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه ضرورة والاتلاف ابطال الوجود لا المنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم (قوله ولانها لا تماثل الاعيان) أي لا يمكن أن يضمنها لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى وجزاء سيئة سيئة مثلها ولهذا لا يضمن الجيد بالرديء وما قال الشافعي رحمه الله ان المنافع أموال متقومة قلنا لا

(قوله وما حدث في امكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام متماثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ماذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي المماثلة بخلاف ضمان العدوان فانه يبتني على المماثلة بالنص وقد

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

الوجه المزبور وتقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره ويرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما أن تكون مضمونة بامثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة و بما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ماذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الاول فلان تنويره بقوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضا تأثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما اذا استأجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيبا في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ أي العلل التي هي مناط الحكم

نسلم ذلك لان صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسمى تمولا لان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة فالمنافع لا تبقى وقتين لانها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولئن سلمنا ان لها حكم المال ليس لها صفة التقوم لان التقوم لا يسبق الوجود لان التقوم

(وقد عرفت هذه المآخذ) أي العلل التي هي مناط الحكم أو ماذكره أولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره (في المختلف) يعني في مختلف أبي الليث وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه (الا أن) أي لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم

(قوله أو ماذكره أولا بقوله لانها حصلت الخ) أقول فيه بحث

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

أو ماذكره أولا بقوله لانها حصلت فى ملك الغاصب وثانيا بقوله انه لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لاتماثل الاعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لانه قال أو ماذكره بكلمة أو وهى لاحد الامرين ولاشك أن العلل التى كانت مناط الحكم ههنا وأشار اليه المصنف بهذه المآخذ هى ماذكره أولا وثانيا وثالثا بأقواله المزبورة لاأمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب الغاية ههنا أراد بالمآخذ العلل التى هى مناط الحكم وأراد بالمآخذ ماذكره أولا بقوله انها حصلت فى ملك الغاصب وثانيا انه لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا انه لاتماثل الاعيان والشرط فى ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول يرد على ظاهره أن العلل التى هى مناط الحكم ههنا هى ماذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذاك والعطف يقتضى التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التى هى مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وبقوله وأراد بالمآخذ ماذكره الخ تفسير ماصدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وماصدق عليه ظاهرة فيصح العطف الا أنه لو قال فى الثانى وأراد بهذه المآخذ ماذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل عن ارادة ماصدق عليه المآخذ كما لايخفى على الفطن * ثم أقول بقى فى هذا المقام بحث قوى وهو أنه قد صرح فى معتبرات الفتاوى بان منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا فى الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع أن العلل المذكورة التى هى مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها فى تلك الصور أيضا (فان قلت) العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع فى تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور و يمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان فى المنافع و بعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان فى خلاف ذلك مشكل جدا

(فصل فى غصب مالا يتقوم) قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذى ذكرناه انما يتحقق فيه شرع فى بيان أحكام غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه بانه متقوم أو بتغيره فى نفسه الى التقوم اه كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية (أقول) لايذهب عليك أنه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين فى هذا الفصل ضمان مالا يتقوم فى بعض المسائل وعدم ضمانه فى بعضها فنفى مالا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له فى حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباء عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكى حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع فى بيان غصب مالا يتقوم اه ومنهم الشارح الاتقانى حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع فى بيان غصب مالا

انما يكون بعد الاحراز ألا ترى ان الصيد والحشيش غير متقوم قبل الاحراز وان كان عينا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوما وانما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار اقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة فبطلت المقايسة لان لارضا أثرا فى ايجاب الاصول والفصول جميعا فالمال يجب بالشرط مقابلا بغير مال ويجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف وشئ من ذلك لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم الا بوصف به يقع الفرق بين الاصل والفرع فهو باطل والله أعلم بالصواب

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

قال

(فصل فى غصب مالا يتقوم) لما فرغ من بيان ماهو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه أو بتغيره فى نفسه الى التقوم

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

(قال وان أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمى خمر المسلم واتلاف الذمى خمر الذمى واتلاف المسلم خمر الذمى ولا ضمان على المتلف فى الاولين بالاجماع وأما فى الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمى من الذمى جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها فى حق المسلم بلا خلاف فكذا فى حق الذمى لانهم أتباع لنا فى الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها (فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان) أى ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضى الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما فى حقهم حيث جوز بيعها وأمر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك

قال (واذا أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن قيمتهما فان أتلفهما المسلم لم يضمن) وقال الشافعى لا يضمنهما للذمى أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمى على ذمى أو باعهما الذمى من الذمى له أنه سقط تقومهما فى حق المسلم فكذا فى حق الذمى لانهم أتباع لنا فى الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا

يتقوم كالخمر والخنزير فى حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم اتباع لنا فى الاحكام وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بان التقوم باق فى حقهم فى مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباعا لنا فى الاحكام والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ماعرف فى علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر فى أثناء التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعانا ههنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان والثانى انه قد تقرر فى علم الاصول انه لا اختلاف فى أن الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات أيضا فى حق المؤاخذة فى الآخرة وأما فى حق وجوب الاداء فى الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغى أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الاول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباعا لنا فى الاحكام فان عمر رضى الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما فى حقهم حيث جوز بيعها وأمر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الاجماع وقد صرح به بعض الشراح وأما عن الثانى فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم أيضا وأما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثانى لان الخمر كانت متقومة فى شريعة من قبلنا وفى صدر شريعتنا والاصل أن ما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد فى حقنا بدليل السباق والسياق فبقى فى حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به فى الكافى والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا وكذا الحال فى الخنزير على ماحققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين فى الامم الماضية وكذا فى حق هذه الامة فى ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا فى حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا فى حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا فى حق المسلمين فبقى حلالا فى حق الكفار فكذا ههنا ألا يرى الى خطاب الله تعالى المؤمنين فى سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذى يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم

(قوله اذ الخمر لهم كالخل لنا) وهذا لان الخمر مال متقوم فى حق أهل الذمة لانها كانت متقومة فى شريعة من قبلنا

قال المصنف (واذا أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن) أقول فى شرح الكافى لصدر الاسلام لو أتلف مسلم على ذمى خنزيرا على قول أبى حنيفة لا يضمن شيأ وعلى قول أبى يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقانى وهذا خلاف ما ذكره القدورى فى مختصره وفى شرحه لمختصر الكرخى ولكنه قياس قول أبى حنيفة الذى مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمى على ذمى) أقول ولقد أحسن حيث أتى فى المسلم باللام وفى الذمى بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر الى قوله لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ماذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت تعبدا غير معقول المعنى أو معقولا لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ماعرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ألا ترى أن المهر والجحش ومالا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير بما روى عن علي رضي الله عنه انه قال أمرنا أن نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وفي نفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم الى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون) أقول لقائل أن يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على مامر في كتاب السير والجواب أن أمثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد على ماسيأتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية أخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون وأجيب بانا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لانورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل اذ مراد المجيب أيضا أن عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوسي صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث ألا يرى أن الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول بقي ههنا كلام آخر

وفي صدر شريعتنا والاصل أن ماثبت يبقى الى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السياق والسباق فبقي في حق من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل ولان حرمة العين وفساد التقوم ثبتا بخطاب الشرع وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون لمكان

(ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون) يعني لاتحادهم على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون وأجيب بانا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان

(قوله لاتحادهم على الترك الخ) أقول أي ترك ما يدينون (قوله وأجيب بانا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلبهم ذلك لانورثها

بخلاف

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لقياس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان أحدا من أهل الاديان لا يدين تمولهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كانت مثلية) وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازاله) بخلاف أهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الى آخره لاتساق مابعده من العطف حينئذ (وقوله لانه مستثنى من عقودهم) يعني بعد الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه (وبخلاف العبد المرتد للذمي) فان المسلم اذا أتلفه لا يضمن شيأ وان كان اعتقاد الذمي أن العبد المرتد مال متقوم وهو أيضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله ووجه الجواب (أنا ما ضمنا لهم ترك التعرض) للعبد المرتد الذمي (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا أتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين وأجيب بان ذلك كفر أصلي فالنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد (وقوله بخلاف متروك التسمية

بخلاف الميتة والدم لان أحدا من أهل الاديان لا يدين تمولهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازاله بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ماضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة

وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيأ من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لاتساق مابعده من العطف حينئذ اه (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها مما يأبى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون لان الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما مر حواليه قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا مخالفا لقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا أي عدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ماذكر من الخمر والخنزير اه (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتأويل ماذكر كما زعمه يصير المعنى وهذا أي ماذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة) قال في العناية يعني لما أمرنا

عقد الذمة فقصر الخطاب حيث لم يعتقدوا رسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف أو المحاجة لمكان عقد الذمة فصار كأن الخطاب غير نازل في حقهم فبقي الحكم على ما كان (قوله بخلاف الميتة والدم) والمراد بالميتة هي التي ماتت حتف أنفها حتى لو ماتت بالضرب أو بالخنق يضمنه المسلم عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله (قوله بخلاف الربا) لانه مستثنى عن عقودهم فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربا لانا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله عليه السلام الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد لا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه (قوله وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي) فانه يقتل لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له أي للعبد المرتد لهم لما فيه من الاستخفاف بالدين (قوله وبخلاف متروك التسمية) أي عمدا اذا كان لمن يبيحه وهو الشافعي رحمه الله ومن

(قوله قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ماذكر من الخمر والخنزير

يتعاق بقوله أمرنا أن نتركهم ومايدينون يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على مااعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على مااعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ماقاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ماقالوه ولقائل أن يقول

لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ماقررتم والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم ومايدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها الخ) من غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل أو الدباغ اما أن يكون بخلط شئ وبماله قيمة أولا فان خلل بغير شئ بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو دبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما أن يكون الخل والجلد باقيين أولا فان كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شئ وأخذ الجلد ورد عليه مازاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل مابينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ماذكره في الكتاب وهو نير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى مازاد الدباغ فيه ولو

قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه مازاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى مازاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل مابينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال (وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى مازاد الدباغ فيه)

أن نترك أهل الذمة على مااعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على مااعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ماقاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ماقالوه ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ماقررتم والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم ومايدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ماحكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه (أقول) هذا ساقط جدا أما أولا فلان القاضي انما ينفذ ماحكم به قاض آخر اذا لم يكن ماحكم به ممايخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ماحكم به ممايخالف شيأ من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلوا مايخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن علة الامر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم ومايدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق

تابعه يعني لو أتلف متروك التسمية عمدا على قول الشافعي رحمه الله لا يضمن فان ولاية الالزام بالمحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية عمدا حرام ليس بمال فاهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان (قوله والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه وهذا لان نجاسة الخمر قابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير أن يقوم بها شئ من ملكه فصار التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا ههنا وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب أي بالدباغ بماله قيمة (قوله وبيانه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ) لانه لا يكون لجلد الميتة قيمة فيقوم ذكيا لذلك قال القدوري انما يكون لصاحب الجلد اذا أخذ الدباغ الجلد من منزله فاما اذا ألقى صاحبه في الطريق فأخذ رجل جلدها ودبغه فليس للمالك أن يأخذ الجلد وعن أبي يوسف رحمه الله له أن يأخذ في هذه الصورة أيضا كذا في الذخيرة

(قوله ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول الاولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والحكم مزمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب الى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ماحكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك مازاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه

وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبينة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ماحكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور السؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اه (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد لو تخللت الخمرة بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اه فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلاثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو اما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي اه كلامه (أقول) ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الادلة التي ذكرها السائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شئ من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انفهامه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا اذ لا نسلم أولا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ماعرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا لضمان المتعدي مااستهلكه واعطاء المالك مازاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين

(قوله أما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم) لان العصير كان مالا متقوما له فاذا صار خمرا صار غير متقوم ولكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه ولهذا لو غصب خمر انسان فللمالك أن يستردها فعلم أن الملك لا يفتقر الى التقوم فاذا زالت صفة النجاسة عاد متقوما كما كانت لا أن التقوم يثبت الآن

ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما فى المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد

المقيس والمقيس عليه غاية الامر أن فى جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافى صحة القياس عليه فى السبب المشترك وقد أشار اليه صاحب النهاية حيث قال فى حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان فى محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما فى الثوب الا أن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأى السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثانى فكان هو فى السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه) قال صاحب العناية فى شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) فيه نظر اذ لا شك أن عدم الضمان فى صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى هناك كتحققه فى صورة الاستهلاك على ما أشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا فى تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان فى كل من صورتى الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعى وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر فى حقيقة الغصب الشرعى كما تقرر فى صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعى الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيد ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها أيضا غير مضمونة فى صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعى موجبا للضمان فى الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الاخذ كافيا فى تحقق الغصب الشرعى لوجب الضمان فى صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها فى يد الآخذ جبرا مع أنه خلاف ما

(قوله وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس) بان قضى لاحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير اذ القاضى يقضى بما يشترى به فى الاسواق ويباع (قوله فاراد المالك أن يتركه على الغاصب

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما فى المستعار يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هنالك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره فى شروح الجامع الصغير قولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعنى أن القاضى قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ أما اذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه ولابى حنيفة رحمه الله لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع أصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك (قوله بخلاف الرد الخ) جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد لا فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذكى والثوب) جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا وأقعم الذكى استظهارا لان التقوم فيهما أى فى الذكى والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان (ولو كان) الجلد (قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه) أى الذى كان الدباغ فيه بشئ متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لان الجلد

لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه

عليه الاجماع ثم أقول الظاهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما اذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وان كان فى ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير فى مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا فى الصورتين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة فى خصوص السبب وهو كون الاصل الذى هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا فى صورة هلاك المدبوغ فى يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب فى تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان فى صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى كما مر بيانه لم يجب الضمان هنالك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) قال الشراح فى تفسير قوله قيل ليس له ذلك أى مطلقا بلا خلاف ويقتضى هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاقى بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندى فانه لا يمشى على أصل الامامين اذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح فى خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار اليه المصنف بقوله فى هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافى عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك فى هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ فى الثوب بازاء الدباغ فى الجلد تأمل (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان العجز فى الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اه (أقول) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بان العجز فى الاستهلاك لما كان لامر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عليه وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ما له قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يرضى بذلك فكان السبب الاصلى لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو ملك المالكه بلا شئ كما سيجئ لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا

فى هذا الوجه) أى فيما اذا دبغه بما له قيمة (قوله بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) أى للثوب قيمة (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه) أى لم يأخذه برد قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكى عجز

لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك) وقوله (لانه اذا تركه) دليل أن فى المسئلة خلافا والا دليل المخالفين ووجه ذلك أنه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو أى الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظر لان العجز فى الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك

ثم اختلف فى كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شئ أما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته فى قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا فى كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل

ظاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين فى الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله صار الخل ملكا للغاصب ولا شئ عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه كما فى دباغ الجلد وقوله (قالوا) يشير الى أن ثمة قولا آخر وهو ماقيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ماقيل وقيل) بتكرير قيل اشارة الى القولين المذكورين فى دبغ الجلد وهو ماذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أى أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أيضا ان خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله (هو للغاصب فى الوجهين) يعنى ما اذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان وقوله (أجر واجواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شئ كما تقدم وبعضهم أجروه على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها وهى التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما

عليه وضمنه بعجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبى حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ له عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ماقيل وقيل فى دبغ الجلد ولو استهلكه لا يضمنها عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لان خلط الخل بالخل فى التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبى حنيفة هو للغاصب فى الوجهين ولا شئ عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان فى الاستهلاك لانه أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الاول لما بينا ويضمن فى الوجه الثانى لانه أتلف ملك غيره و بعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها فى كفاية المنتهى

(قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ) يعنى اختلف المشايخ فى كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكى مدبوغ

الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك (قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ) أى على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغه بشئ له قيمة وفيه التضمين عندهما (قوله كما فى الاستهلاك) يعنى مسئلة الاستهلاك التى تقدم ذكرها أن عنده لا يضمن وعندهما يضمن (قوله قالوا عند أبى حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شئ له عليه) لانه استهلاك (قوله فهو على ماقيل وقيل) أى على القولين المذكورين فى دبغ الجلد وهو ماذكر قبل هذا بقوله ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه و يضمنه قيمته قيل ليس له ذلك وقيل ليس له فى ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رحمه الله ان صارت خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواسطة ذلك الفعل لان اعدام الذوات ليس فى قدرة البشر ولا كذلك اذا تخللت بعد ساعته لانها بالالقاء لم تصر مستهلكة لبقائها على حالها (قوله وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الاول) أى فيما اذا صار خلا من ساعته لما بينا أى أنه يصير ملكا للغاصب (قوله فى الوجوه كلها) أى فيما اذا صار خلا بالقاء الملح أو بالقاء الخل من ساعته أو بعد زمان (قوله وقد كثرت فيه أقوال المشايخ) بعضهم قالوا المخلوط ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع حق المالك

قال

(٢٩٢)

قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشكل هذا بما مر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفا فهو ضامن و بيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى فى الضمان على قولهما والسكر اسم للنئ من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ وفى المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبى حنيفة روايتان فى التضمين والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل مافعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابى حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم و باللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا أتلف على نصرانى صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبى حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب

(كتاب الشفعة)

و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى صور الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ كذا فى الشروح (أقول) ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر مازاد الدباغ فيه هى قيمة جلد ذكى غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المصنف فيما مر فى بيان أخذ الجلد واعطاء مازاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح فى أن مابقى من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء مازاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكى بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد والله تعالى أعلم وأحكم

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا فى العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا

بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثله من ملك نفسه فاذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع و وجود الاستهلاك كعدمه فبقى مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره (قوله وهو بامر الشرع) قال عليه السلام بعثت لكسر المزامير وقتل الخنازير وقال اذا رأى أحدكم منكرا فلينكر بيده وان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه (قوله كما لو فعل باذن الامام) يعنى لو فعل بامر نائب الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله بامر الشرع أولى وعن شريح رحمه الله أن رجلين اختصما اليه فى طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده وقال أبو يوسف رحمه لو كنت أنا فان كانت خصومتهما وهو فى أيديهما أو فى يد أحدهما كسرته وعزرتهما وان كسره أحدهما والآخر يطلب الضمان ضربت الذى كسره جبرا وأوجعت الآخر عقوبة والله أعلم بالصواب

(كتاب الشفعة)

هى تملك البقعة بما قام على المشترى بالشركة أو الجوار وهى مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال فى الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله (أهراق له سكرا) أى صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء وأهراق يهريق بسكونها والهاء فى الاول بدل عن الهمزة وفى الثانى زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه

منافعه بملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر ومعظم مايقصد به من الاغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فينبغى أن يأخذه و يمكن أن يقال كانه تخلل بنفسه لان فى طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمرها لك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى و يمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كلا منافع قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

(كتاب الشفعة)

لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزراعات أوجب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى وشرطها كون المبيع عقارا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفى الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشترى بشركة أو جوار

قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) الشفعة واجبة أى ثابتة للخليط فى نفس المبيع أى للشريك ثم للخليط فى حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعنى الملاصق قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

(قوله لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته الخ) أقول لكن ماذكر فى بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يغنى عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق فى البياعات والاشربة الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال كلمة من للتعليل (قوله أوجب تقديمها) أقول الظاهر تقديمه قال المصنف (الشفعة مشتقة من الشفع) أقول يقال شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعا به (قوله وفى الشريعة عبارة) أقول قال الاتقانى الشفعة عبارة عن حق التمليك فى

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال (الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة ثلاث الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند أبى حنيفة وأبى يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور فى المنقول دون العقار كما مر فى أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا وانما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعى كما مر أيضا ثمة ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وأمامنا الثانى اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة فى السفن أيضا عنده على ما مر حوابه وسيأتى فى الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام ولا شك لاحد فى حسن دفع ضرر التأذى بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء فى تفسير قوله تعالى لاعذبنه عذابا شديدا أى لالزمنه صحبة الاضداد كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وعنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم الى الطاهرين وفى الشريعة هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه كذا فى عامة الشروح والمتون الا أنه وقع فى بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح فى بعض الشروح بزيادة قيد فى آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك ذكره فى الاكثر بناء على ظهوره (أقول) فى الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة هى التملك المذكور فى عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم وسيجىء فى الكتاب من أن الشفعة تجب أى تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم لان ذلك صريح فى أن تحقق التملك فى الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضى أو قضاء القاضى فان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضى ولا قضاء القاضى لا محالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شىء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لان يكون حكما للشفعة أما الاول فلانه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشىء يقارن ذلك الشىء أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثانى فلان

من ضم المشتراة الى عقار الشفيع

العقار لدفع ضرر الجوار انتهى ولعله أولى مما ذكره غيره من أنه تملك عقار (قوله على المشترى بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذكر قيد جبرا اكتفاء عنه بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال المصنف (الشفعة واجبة) أقول أى ثابتة وفى قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واضافة حق الشفعة بيانية قال المصنف (أفاد هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر فى الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول اللام للاستحقاق كما فى أمثاله اما

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض

ثبوت الملك هو عين التملك فى المعنى وحكم الشىء ما يغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندى فى تعريف الشفعة فى الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار اهـ فانه اذا كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذى ذكرناه بحذافيره ويظهر ذلك بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا فى العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى أن كلهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز أن يقال بان الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك فى البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا كذا فى الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها (أقول) يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون فى قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم بكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا فى كلام البلغاء أكثر من أن تحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذى له يد طولى فى الفقه على المعنى الذى هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا أنه ينفى بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لان اللام فى الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر فى علم الادب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقا فى افادة القصر كما فى الحمد لله على ما قالوا فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعى فليتأمل فى الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور أى تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة اهـ واعترض بعض الفضلاء على قوله أما اذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اهـ (أقول) كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط أما الاول فلان قول صاحب العناية وأما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل فى تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع وأما الثانى فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا

والدليل على الاول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم) أى تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة (وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض

قال المصنف (فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز اذ لا شركة بعد القسمة (قوله تثبت الشفعة) أقول تكرير للتذكير (قوله أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار) أقول هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فحينئذ لا شفعة) أقول فيه شىء الا أن يقال المراد لا شفعة للخلطة

يتنظرله وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريك فى حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهما واحدا وقوله ينتظرله وان كان غائبا يعنى يكون على شفعته مدة غيبته اذلا تأثير للغيبة فى ابطال حق تقرر سببه قيل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق قبل البيع و بعده وقوله

ينتظرله وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه قيل يارسول الله ماسقبه قال شفعته و يروى الجار أحق بشفعته وقال الشافعى لاشفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة

لالنا (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظرله وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أى جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظرله وان كان غائبا أى الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذلا تأثير للغيبة فى ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة و يقرب منه قول صاحب العناية يعنى يكون على شفعته مدة غيبته اذلا تأثير للغيبة فى ابطال حق تقرر سببه اه قال فى النهاية وفى رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال فى الاسرار فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبى صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بها قبل البيع و بعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ماشمله كلمة أحق ولان ماروى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفعته فهذا يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظرله بالطريق الاولى ففى كلامه بحث تامله اه (أقول) المذكور فى كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذى ذكر فى حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر أن تكون شرطية و يؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظرله بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهى الاكثر وقوعا فى الشروح فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظرله وان كان غائبا على مابينوا أنه يكون على شفعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفعته حال غيبته فلا يكون على شفعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلى وهو التوقف فى مهلة وكان المعنى ينتظرله الى أن يجيء و يفرغ من شفعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظارله الى أن يجيء و يفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلأن يجب الانتظارله الى فراغه من شفعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما فى زمان قليل تامل تفهم (قوله وقال الشافعى لاشفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة) قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه

(قوله ينتظرله ان كان غائبا) فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه البيع ألا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبى عليه السلام جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بها قبل البيع و بعده وقوله ينتظر تفسير لما انتظمه كلمة أحق (قوله اذا كان طريقهما واحدا) المراد به جار هو شريك فى الطريق و يثبت الحكم فى الشرب بدلالة لان الشفعة انما تثبت بالشركة فى الطريق باعتبار الخلط وقد وجدت فى الشرب وقال الشافعى رحمه الله لاشفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة وهذا يقتضى ان جنس الشفعة فيما لم يقسم اذ الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال فى رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما التقرير الحكم فى المذكور ونفيه عما عداه (قوله وصرفت الطرق) أى جعل لكل قسم طريق على حدة

ينتظر تفسير لبعض ماشمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه قيل يارسول الله ماسقبه قال شفعته وفى رواية الجار أحق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك فى نفس المبيع والثانى للشريك فى حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعى رحمه الله لاشفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعنى اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلاشفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلاشفعة فيه

(قوله ألا يرى أنه فسر الاحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظرله جملة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظرله بالطريق الاولى ففى كلامه بحث تأمله قال المصنف (و يروى الجار أحق بشفعته) أقول ينبغى أن يكون أحق صفة لا اسم التفضيل اذلاحق فى الشفعة لمادون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود الخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريك فى حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك ولان

ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع ولنا مارو ينا

الصلاة والسلام الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعنى اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلاشفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلاشفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) فى تقريره نوع خلل لان قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك فى حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه و بين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك فى حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) فحينئذ يختل تفريع قوله فلاشفعة فيه على قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذلا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة فان دلالته على عدم الشفعة فى المقسوم من جهتين معا أى من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى فى تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلاشفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية و يطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعى لاشفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية فى تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعى كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة فى الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعى لعدم ثبوت الشفعة الا فى حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العينى المشار اليه بهذا فى قول المصنف وهذا ليس فى معناه بالجار حيث قالوا وهذا أى الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أى الجار يعنى شفعة الجار وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر عامتهم الفرع فى قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العينى وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندى أن المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لاغير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس فى معنى مالم يقسم اذلم يقل أحد بان الجار فى حكم مالم يقسم وانما قلنا ان المقسوم فى حكم مالم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار

(قوله لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل) أى فى فصل الشركة دون الفرع وهو الجوار (قوله ولنا مارو ينا) أراد به قوله عليه السلام الجار أحق بسقبه وفيما روى بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى الحكم فيما عداه وانما قد يقتضى تأكيد المذكور لا نفى غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر وآخر الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد به نفى الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رو ينا أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فكان الموضع موضع اشكال لان فى القسمة معنى المبادلة وربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله عليه السلام انه لا يستحق الشفعة بالقسمة ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر ثمة ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق دفعه بحق الملك فان الشفعة حق الملك فيستحق به دفع ضرر يلحقه بسبب اتصال الملك

قوله (ولان حق الشفعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن فى معناه من كل وجه (وهذا) أى الجار يعنى شفعة الجار ليس فى معنى ماورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التى تلزمه وقوله (فى الاصل) أى فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه فى الفرع وهو المقسوم و يفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس فى الجار وحده بل فيه وفى الشريك فى حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والحمام (ولنا مارو ينا) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه رواه البخارى وأبو داود

(قوله وهذا أى الجار يعنى شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أى محل النزاع

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تابيد احترازعن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ماهو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو لااحتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا أى الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو مالا يقسم ولامعنى لقوله وهذا ليس فى معناه لانه فى معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأبيد والقرار (انما انتصب سببا فى مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بتملك الاصيل) يعنى الشفيع (أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دلالة وحاصله أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع

(قوله وقوله تابيد احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستاجر والمرتهن ملك فى رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تابيد الا أن يقال المراد الدار المجعولة أجرة ثم أقول واحترز بهذا القيد أيضا عن الموروثة والموهوب بها والموصى بها قال المصنف (لان وضرر الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصل رافع لملك المشترى وهو دافع

لان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ماعرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى

فرع لما لم يقسم لان الذى فى حكم مالم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا سترة به فعامة الشراح خرجوا فى تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب فى تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب فى تفسير هذا حيث قال فيه أى الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعنى شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بان شفعة الجار فى معنى نفس مالم يقسم الا أن يقدر مضاف آخر فى قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس فى معنى شفعته أى شفعة مالم يقسم لكن لا يخفى أنه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة وداعية الى شئ منه ما فالحق ماقلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار) قال تاج الشريعة ذكر التأبيد احترازعن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازعن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد اه واقتفى أثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه اه (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ماعرف فى كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا للدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تابيد الاحترازعن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احترازعن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اه وقال صاحب العناية وهو احترازعن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اه وتبعه الشارح العينى (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك فى الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما فى المستعير على مامر آنفا الا أن كلا منهما قد خرجا بقوله اتصال تابيد فيما قبل فما معنى الاحترازعن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتهن فلا ملك له فى الدار المرهونة لامن حيث الرقبة ولامن حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظرعن قيد التابيد فلا معنى للاحترازعن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلا والحق أن هذا القيد للاحترازعن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان فى كل منها يتحقق الملك والتأبيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية فى شئ منها (قوله لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اه (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر فى حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المتقررة أقوى فيما كان ملكاله بالشراء أو الهبة الا أنه عبرعن أصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة فى بيان أصالتها وتقررها وبناء

(قوله اتصال تابيد) احترازعن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازعن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له اذ الواجب النقض دفعا للفساد (قوله عند وجود المعاوضة بالمال) احترازعن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة مهرا (قوله على هذه الصفة) أى اتصال تابيد وقرار (قوله اذ هو مادة المضار) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار باعلاء الجدار (قوله وقطع هذه المادة بتملك الاصل أولى) جواب اشكال وهو ان يقال الشفيع ان تضرر بالدخيل فالدخيل يتضرر به أيضا لتملك الشفيع ماله عليه فاجاب بان دفع هذه المادة بتملك الشفيع أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى

(قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة فى استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم ياخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشترى من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض وقد أجاب بعضهم بان قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ماعداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفى الشفعة فى هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا حمل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم وروده (قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين) أقول الاصل فى اللام اذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين فى الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضى الى قوله تجب الشفعة) أقول لا اعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط واجتماعها ممنوع ههنا ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل (قوله وانما نفى الشفعة فى هذه الصورة) أقول أى فى صورة القسمة

وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

على ماهو الاكثر وقوعا فى العادة فاخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعى لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع يعنى أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذى استدل به الخصم فى حيز التعارض بالحديث الذى رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان فى أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف فى علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا ههنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلى عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه مافيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بان قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ماعداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة اه (أقول) فى كل من هذين الجوابين نظر أما فى الاول وهو الذى ذكر فى الكافى وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ماعداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام فى الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على مالم يقسم كما فى قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش وقد صرح بهذا فى أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفى ماعدا المذكور فالاولى فى الجواب عنه ماذكره تاج الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان فى الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم فى البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما فى ذلك الحديث أقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما فى الثانى فلان حصول الالزام للشافعى بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور فى الجواب المزبور ممنوع فان الشافعى وان قال بمفهوم المخالفة الا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم على ماعرف فى الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغى أن يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا أيضا ولو كنا ملزمين بذلك فى هذه المسئلة فما الفائدة لنا فى كون الشافعى أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها فى العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام فى غير كلام صاحب العناية فالاولى فى الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه فى الكافى وذكر فى كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز

(قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قول الشافعى رحمه الله لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل يعنى ان ضرر

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه أي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه ومعناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما الاثبات المذكور ونفي ما عداه وأجيب عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اهـ وقال في النهاية وكلمة انما قد تجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اهـ وقال في البدائع أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم اهـ (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم يبتني على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اهـ واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) ان كان مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هنالك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيد بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما

القسمة ضرر مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا ومرحقا عليه لا يصلح علة لتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولان الاتصال) دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله (ولان ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح أبدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريق في الطريق والشرب الخ) اذا ثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

قال

فان سلم فللمتاخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية يجعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة

قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار

أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضا كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التاخير وليس للمتاخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام لان ما بينا من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتاخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتاخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما سياتي من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال

رضاه وانما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعا (قوله والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة) احترز به عن الجار المقابل (قوله وبابه في سكة أخرى) احترازعما اذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذه الدار (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها) أي مع أرضه لان الشركة في البناء المجرد لا توجب الشفعة وصورة الترتيب في الشفعة منزل مشترك بين اثنين في دار هي لقوم في سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة فان سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء في السكة لانهم أمس قربا بالشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة للشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى (قوله وهو مقدم على الجار في المنزل) أي الشريك في منزل معين من الدار أو جدار معين منها مقدم على الجار في المنزل في المغني ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكا في الارض التي هي تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما أما اذا كان شريكا فيه لا يكون مؤخرا بل يكون مقدما وصورة ذلك أن تكون أرض بين اثنين غير مقسومة بنيا في وسطها حائطا ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحت الحائط من الارض مشتركا بينهما فكان هذا الجار شريكا في بعض المبيع أما اذا اقتسما الارض قبل بناء الحائط وخطا خطا في وسطها ثم أعطى كل واحد منهما شيئا حتى بنيا حائطا فكل واحد منهما جار لصاحبه في الارض شريك في البناء لا غير والشريك في البناء لا غير يوجب الشفعة (قوله وكذا على الجار في بقية الدار) أي كما هو مقدم على الجار في المنزل كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار وذكر القدوري ان

أراد بالموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الاخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لاب مثلا اذا أسقط الاخ لاب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط باسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجملة

أنا لا نسلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط فتأمل (قوله وفي بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد البيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما والا فالآخر كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق

وذكر استحقاق الشفعة فى السكة وأحاله على ماذكر فى كتاب القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور ولاحق لهم فى المرور وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب فى سكة فله استحقاق الشفعة فى تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك فى ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بينا) يعنى قوله وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعنى لو بيع أرض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما فى السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهى واضحة وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان العلة هى الشركة فى العقار قال (واذا اجتمع الشفعاء الخ) اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعى رحمه الله فاذا كانت الدار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا وعند الشافعى رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك

فى أصح الروايتين عن أبى يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وعن أبى يوسف أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وان بيعت للعليا فلاهل السكتين والمعنى ماذكرنا فى كتاب أدب القاضى ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار) لان العلة هى الشركة فى العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا فى الدار الا أنه جار ملازق قال (والشريك فى الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك) وقال الشافعى هى على

فى العناية أخذا من النهاية مثل أن يكون فى دار كبيرة بيوت وفى بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) فى هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه فى المغرب وعلم ذلك فيما مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة فى المنزل بشركة فى بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه فى كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة)

الشريك فى الذى تحت الحائط يستحق الشفعة فى كل المبيع بحكم الشركة عند محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله فيكون مقدما على الجار فى كل المبيع وفى احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله يستحق الشفعة فى الحائط بحكم الشركة ويستحق الشفعة فى بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مع جار آخر سيا (قوله والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجرى فيه السفن) قيل أريد به أصغر السفن وما يجرى فيه السفن فهى شركة عامة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن أبى يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام القراح من الارض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا بناء وفى الذخيرة وعامة المشايخ على أن الشركاء فى النهر اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير لكن اختلفوا بعد هذا فى حد ما يحصى وما لا يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بمائة وبعضهم بأربعين وبعض مشايخنا قالوا أصح ما قيل فيه أنه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زمانه ان رآهم كثيرا كانوا كثيرا وان رآهم قليلا كانوا قليلا فان كانت سكة غير نافذة تنشعب منها سكة غير نافذة وهى المستطيلة اى المنشعبة مستطيلة احترز به عن المستديرة فان الشفعة فيها لاهل السكتين (قوله فبيعت دار فى السفلى) أى فى المنشعبة فلاهلها الشفعة خاصة أى لان المنشعبة دون العليا لانه لا شركة لهم فيها ولاحق المرور وليس لهم أن يفتحوا فيها بابا فكانت كالمملوكة لاهلها بخلاف السكة الواحدة اذا بيعت دار فى أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة وان لم يكن لاهل الاعلى حق المرور فى الاقصى لان السكة اذا كانت واحدة والطريق فيها واحد فالكل فيها شركة من أول السكة الى آخرها الا أن شركة البعض أكثر والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف (قوله وان بيعت فى العليا فلاهل السكتين) لان لاهل السفلى حق المرور فيها (قوله فهو على قياس الطريق فيما بيناه) وهو قوله فان كانت سكة غير نافذة تنشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعنى لو بيع أرض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما ذكرنا الحكم فى السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى (قوله جار) لما بينا أن العلة هى الشركة فى العقار فبالشركة فى الخشبة لا يكون شريكا فى الدار (قوله واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال

خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذى له شركة فى البيت مقدم على من له شركة فى الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

مقادير

لانها التكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم تساووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأنى يتساويان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة فى الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيأ لان المرجوح يندفع فى مقابلة الراجح وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت وأجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك أو التى لم تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثانى مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح ألا ترى أن الشاهدين والاربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع فى الابن علتان ان ضمت احداهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت فى عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعنى أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم استووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون فى الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة فى الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها

يعنى بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال صاحب العناية فى شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك فى حكم شئ واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لان الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع فى مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر فى استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهى لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضا قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تنافر لا يخفى

الشافعى رحمه الله هى على مقادير الانصباء) بيانه دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما) عند الشافعى رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما أخماسا وان باع صاحب الثلث قضى بينهما أرباعا وعندنا قضى بينهما نصفان فى الكل وكذلك على أصلنا اذا بيعت ولها جاران جار من ثلاثة جوانب والآخر من جانب واحد وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان (قوله فأشبه الربح) فان الشريكين اذا اشتريا شيأ بخمسة عشر درهما مثلا ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة ثم باعاه فربحا ثلاثة دراهم فالدرهمان لصاحب العشرة والدرهم الواحد لصاحب الخمسة لان الربح تبع للمال فكان بينهما على قدر رأس مالهما والغلة بان كان حانوت بينهما أثلاثا فغلته أيضا تكون بينهما أثلاثا (قوله لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة) يعنى ان صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان يأخذ الكل بالاتفاق كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير ان يأخذ جميع المبيع لما ان ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة فانما اجتمع فى حق صاحب الكثير علل وفى حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى ان أحد المدعيين لو أقام شاهدين والآخر عشرا فهما سواء وكذلك لو ان رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فمات استويا فى حكم القتل والترجيح لقوة فى الدليل كالشريك يرجح على الجار وكحز الرقبة مع جرح الآخر فان حكم القتل يضاف الى الحاز لا الى الجارح بالاتفاق لا بكثرته لان ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا لان عند ظهور الترجح كان المرجوح مدفوعا بالراجح وههنا حق صاحب القليل لا يبطل أصلا فعرفنا انه لا ترجيح فى جانبه من حيث قوة العلة (قوله وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه) أى القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك كالاب له ان يتملك جارية ابنه ولا يعد من ثمرات ملكه (قوله بخلاف الثمرة وأشباهها) فانها متولدة من العين فيتولد بقدر الملك أما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد (قوله

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد الخ) أقول وههنا أيضا كذلك فانه عند الاجتماع لا يستحق الجميع
(قوله يعنى أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني واذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضي بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضر بالشك وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء له فليس للآخر أن

يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لان سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك وردبانه لو كان السبب

ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لا أنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه

(قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة المعتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لا أنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أو في قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اه (أقول) في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان أرادوا بذلك أن الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان أرادوا به أن الضرر انما يتحقق بمدخلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين

لان سببها هو الاتصال على ما بيناه) وهو قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار فعند عامة المشايخ سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة الى ان كلاهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما ولا يجوز ان يقال بان الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة

لجاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح والوجه وأجيب بان المبيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل الى قوله والضرر انما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز) أقول قوله

(قوله والوجه فيه) أي في هذا التأويل (أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفي

لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع به صح له أن يأخذه وان كذبه المشتري ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالاشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب المواثبة أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه أي الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يبطل بالاعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل

والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال (وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة) لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اه كلامه (أقول) لقائل أن يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فاذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلزم أن لا يكون الواجب متأديا باداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع أن المصرح به في موضعه خلاف ذلك * ثم أقول يمكن أن يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامي وحولان الحول انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة وكذا حلول الاجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا باداء الزكاة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أي في هذا التأويل وتبعه العيني (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لا أنه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدوري أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تأويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل باول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف أنه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه) أقول فيه تأمل اذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لان البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية اه (أقول) في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مدار ذلك

وحدها يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب ألا ترى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز فعلم بهذا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة بالشفعة بالقضاء أو الرضا (قوله ويظهر فائدة هذا) أي فائدة توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين على تسليم المشتري الدار الى الشفيع

 يدل على انه أعرض عنه أو دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

هو راجع الى كلام (قوله اذ غرض الواهب المكافأة) أقول فيه شيء فانه لا يتمشى ذلك في الهبة للقريب المحرم وفي أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى أو قضاء القاضى كما فى الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين و باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه فى الصورة الاولى وتبطل شفعته فى الثانية ولا يستحقها فى الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا فان كون غرضه المكافأة لا ينافى رغبته عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافى رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التى لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط فى العقد اذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان فى هذه الصور لا يصح رجوع الواهب و ينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقى النقض بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شئ وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضى انما هو اذا أنكر المشترى طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغى ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففى وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد فى ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام فى أن التعليل الثانى هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) أقول فى عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشترى وقد وقع المعطوف عليه فى حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا فى التسليم فلزم أن يكون معتبرا فى حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر فى علم الادب أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه فى كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال فى الكافى بعد قوله أو حكم بها الحاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال فى شرح الكنز للزيلعى أى تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة فى شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالاخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى قوله بقضاء القاضى عطف على الاخذ لا على التراضى لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أى التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضى فانه صريح فى اعتبار الاخذ فى قضاء القاضى أيضا وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشترى دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بانه يكتفى بثبوت البيع فى حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه ففى هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشترى فكان

أو حكم الحاكم (قوله لا تورث عنه فى الصورة الاولى) وهى ما اذا مات الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف تورث عنه (قوله وتبطل شفعته فى الثانية) وهى ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل ان يأخذها فلم يبق السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم (قوله ولا يستحقها فى الثالثة) وهى ما اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها والله أعلم

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضى ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أى توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله يعنى (فى الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (فى الثانية) يعنى اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (فى الثالثة) يعنى اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعنى قول القدورى رحمه الله والله أعلم

*(باب

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

(قال واذا علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان فى النوادر و بالثانية أخذ

الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشترى ليشمل تسليم المشترى وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم تبصر

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا فى عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطرى عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثانى منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة فى الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع فى بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبيل الباب لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فلقائل أن يقول ما ذكره هنالك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل أيضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسيأتى التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد والجواب أن المراد بالاشهاد المذكور هنالك هو الذى فى طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب فى قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هنالك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب و يدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سيأتى فى الكتاب فلا تنافى بين كلامى المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول فى وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفى الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على أن لام الجنس فى الشفعة ولام الاختصاص فى لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا فى الحمد لله ان لامى الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقض

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

(قوله اعلم ان الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة) سميت به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أى لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذى يسرع فى طى الارض بمشيه (قوله وهو ان يطلبها كما علم) أى على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده انسان أو لم يكن وذكر فى المبسوط واذا علم بالبيع وهو بحضرة من المشترى فالجواب واضح ان يطلبها وكذلك ان كان بحضرة من الشهود ينبغى له ان يشهدهم على طلبه وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغى ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له ان يطلب حتى اذا حلفه المشترى أمكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع وذكر فى شرح الاقطع وانما يفعل ذلك أى يطلب وان لم يكن عنده أحد لئلا تسقط فيما بينه وبين الله تعالى (قوله حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت الشفعة لما بينا) وهو قوله لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد وقال ابن أبى ليلى ان طلب الى ثلاثة أيام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها) لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) وكلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها (طلب المواثبة) سمى بها تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أى من غير توقف سواء كان عنده انسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله قبيل الباب لانه حق

(باب طلب الشفعة)

الكرخى لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أولا حول ولا قوة الا بالله أوقال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثانى تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شئ منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخى ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبى حنيفة

بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر فى صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفى الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق فتامل (قوله والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتفى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد فى ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذى لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد فى طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف فى بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذى عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد فى طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد فى طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتى ذكره مرة أخرى فى بيان طلب التقرير والاشهاد فى هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجها للزوم الاشهاد فى طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد فى طلب المواثبة بلزومه فى طلب التقرير كما بيناه وكلامنا فى هذا الوجه على أن فى ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجاحد فكذا الحال فى طلب المواثبة أيضا * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد فى طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال وانما سمى الثانى طلب الاشهاد لا لان الاشهاد شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد فى طلب التقرير أيضا ليس بلازم بل انما هو لنفى التجاحد كما فى طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما فى الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى

المستحقة (قوله لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة) فان لها الخيار ما دامت فى مجلسها والجامع حاجة الرأى والتأمل ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام فى مجلسه فهذا مثله (قوله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله) الى قوله لا تبطل شفعته هذا على رواية ان له مجلس العلم (قوله لان الاعتبار للمعنى) ظاهر قوله طلبت الشفعة اخبار عن الطلب فى الزمان الماضى وانه كذب والكذب لا عبرة به فكانه لم يطلب وكذا اذا قال أطلبها لانه عدة الا انه فى العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل حتى ان الشيخ الامام أبا بكر محمد بن الفضل رحمه الله الرستاقى قال اذا سمع بيع أرض بجنب أرضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا

ضعيف وقوله (والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد) يعنى ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد فى ذلك ليس بشرط وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخارى لو قيل لقروى بيع أرض بجنب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا

قال المصنف (لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة) أقول تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام فى مجلسه فهذا مثله كذا فى شرح الكاكى والفارق ظاهر فان الشفيع لا يتملكه بطلب المواثبة فقط بل بالاخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى فله بعد طلب المواثبة زمان التامل بخلاف المشترى عند ايجاب البائع والمخيرة قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى

وقالا

وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشترى لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم والثانى طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضى على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال فى الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع فى يده) معناه لم يسلم الى المشترى (أو على المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثانى الملك

(قوله وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا) أقول فى التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفى ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر أن مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا فى الاخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شئ من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفى نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا فى صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم أن

(قوله وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم) أراد به ما ذكره فى أواخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضى وأراد باخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر (قوله والثانى طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضى) ولا يمكن الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشراء بحضرة البائع أو المشترى أو الدار وطلب طلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا فى الفتاوى الظهيرية وان قصد الابعد من هذه الاشياء الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جملة فى مصر واحد فالقياس ان تبطل شفعته وفى الاستحسان لا تبطل لان نواحى المصر جعلت كناحية واحدة حكما ولو كانوا فى مكان واحد حقيقة وطلب عند أحدهم وترك الطلب عند الآخرين أليس أنه يصح طلبه كذا ههنا أما لو كان الشفيع بحضرة أحد هؤلاء الثلاثة والآخران فى مصر آخر أو فى رستاق هذا المصر الذى الشفيع فيه فقصد الابعد وترك الطلب عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسا واستحسانا لان مصرا آخر أو رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد فاذا ترك الطلب عند الاقرب فقد ترك الطلب مع الامكان فيبطل (قوله ثم ينهض منه) أى يقوم ويشهد

ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا فى الابتداء فكان كالسكوت والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وآخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف وقوله (وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ما ذكره فى آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضى وأراد باخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر اليها وقوله (بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده) أى عند أبى حنيفة يعنى أن المرأة اذا أخبرت بان زوجها خيرها فى نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر أو غيره فان اختارت نفسها فى مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطرى الشهادة وقوله (أو على المبتاع) يعنى المشترى (أو عند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشترى والبائع والدار أما اذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا فى مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحى المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم فى مصر والآخران فى مصر آخر أو فى رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته

المراد من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كذبا وكذا الثانى وليس بعده على ما زعم واقال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقانى وينبغى أن يذهب الى أقربهم حتى لو ترك الاقرب وذهب الى الابعد وأشهده على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق مختلفة فى الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابعد لانه ربما يكون به عذر فى طريق لا يكون ذلك فى طريق آخر كذا فى شرح الكافى اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الابعد فان كان الشفيع أو الابعد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما فى المصر لا تبطل استحسانا اه

وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشترى لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشترى بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه

يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثانى طلب المواثبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اه وسياتى نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان

على البائع ان كان المبيع في يده وأما اذا لم يكن المبيع في يده ذكر أبو الحسن القدورى والناطفى أنه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ الاسلام أنه صحيح استحسانا وهكذا ذكر الشيخ الامام أحمد الطواويسى (قوله ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله) وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى عليه الفتوى على قول محمد رحمه الله ان طول المدة مقدر بشهر وهكذا ذكر أيضا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله تعالى (قوله وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا) فان قيل لا يشكل لان حالة الغيبة انما لا تبطل دفعا لضرر الشفيع ودفع ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشترى وفيما اذا كان حاضرا لا يتحقق ضرر الشفيع لتمكنه من الاخذ قلنا لما لم تبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه وهو ضعيف وعسى أن لا يطلب الشفعة فههنا قد تقوى حقه وتقرر بالطلبين فلأن لا تبطل بالطريق الاولى (قوله واذا تقدم الشفيع الى القاضي) هذا كيفية طلب الخصومة التى كان وعدها قبل هذا فادعى الشراء وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا و بين مصرها ومحلتها وحدودها وأنا شفيعها بدار لي و بين حدودها فمره بتسليمها الي وانما يبين هذه الاشياء لان الدعوى انما تصح في المعلوم واعلام العقار بهذه الاشياء فبعد ذلك يسأله القاضي ان المشترى هل قبض الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها من البائع لا تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع لان اليد للبائع فاذا ذكر القبض ينبغي ان يساله باي سبب يدعى الشفعة وهذا لان أسباب الشفعة مما يختلف فيه العلماء بعضهم قالوا تثبت الشفعة للجار المقابل اذا كان أقرب

الذى

وقوله (ولا يسقط بتاخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركهما من غير عذر لانهم أجمعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعنى أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشترى بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغي أن يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشترى أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر

(قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أولا و بما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان وقوله (ثم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله فيقول هل قبض المشترى المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه

الذى يشفع به والا كلفه باقامة البينة) لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها أيضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما يعلم انه مالك للذى ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التى يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك ساله القاضي) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال (فان عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى

الاشهاد عند الدار فان الاشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشترى أو عند العقار اللهم الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار و يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا اطلبها الآن أيضا فاشهدوا بذلك أو يحضر المشترى و يقول هذا مشتر من فلان دارا التى حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع و يقول هذا باع من فلان بدار التى حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا اه (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه) قال صاحب

بابا وعندنا الشفعة على مراتب فلا بد من ان يبين سببها لينظر القاضي ان ما زعمه سببا هل هو سبب و بعد ان يكون سببا هل هو محجوب بغيره واذا بين المدعى انه ليس بمحجوب بغيره يساله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت حين علمت قال مشايخنا رحمهم الله والصحيح ان القاضي يقول متى أخبرت بالشراء وكيف أخبرت بالشراء وانما اختار والاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر اليه وانما يسأله القاضي عن وقت الاخبار أو وقت العلم حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت العلم الى وقت المرافعة الى القاضي فان عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ثم اذا ساله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو حين أخبرت من غير لبث ساله عن طلب الاشهاد هل طلبت طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذى طلبت بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا بين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسال القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعى فان أنكر ان يكون شفيعها بان كان المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه أنكر ان تكون الدار بجنب الدار المشتراة وان تكون الدار التى بجنب الدار المشتراة ملك المدعى (قوله فان عجز عن البينة استحلف) المشترى بالله ما يعلم أنه مالك للذى

(وان عجز عنها استحلف المشترى على انه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذى ذكر فهذا على الحاصل والاول على السبب

وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث ساله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير ساله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذى يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر تحتمل أن تكون يد ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان أقام فقد نور دعواه وان عجز استحلف المشترى بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك للذى ذكره مما شفع به لانه ادعى عليه أمرا لو أقر به لزمه فاذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسال الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذاك وان أنكر قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذاك

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طالت المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سأله عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة

وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ماذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر مايدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشتري وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه

كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا ماطل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان أحضر الشفيع البائع الخ) وان أحضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا أن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احداهما مع البائع وتفرد بالاخرى وأما ما اشترك فيه فهو ماذكره بقوله (لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع) عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرد به فهو ماذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

العناية قيل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك ساله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذ أخبرت من غير لبث ساله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير

ذكره مما يشفع به) وأنا يحلف على العلم لانه استحلاف على ما في يد غيره هذا قول أبي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكره وهنالك يحلف على البتات كذا ههنا (قوله وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى) وهو ماذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى بقوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه الى ما قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب (قوله وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى) وهي ان البيع اذا كان

ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة) لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه

لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحول لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان أن يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل (قوله فلهذا) أي فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعهدة على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع من يده حيث تكون

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام

تاخير ساله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه اه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا ساله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث ساله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة ومن ماذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة ساله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا ساله عن طلب المواثبة ساله عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام

ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه أي يكون اشتراط حضور المشتري معلوما به لمتين بعلة أنه يصير مقضيا عليه في حق الملك لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما وبعلة أنه يصير مقضيا عليه في حق الفسخ كما ذكرناه ههنا ليقضى بالفسخ عليه والقضاء على الغائب لا يجوز ملكا أو فسخا فلا بد من حضوره (قوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور) وهو قوله فيفسخ البيع بمشهد منه ان ينفسخ في حق الاضافة أي في حق الاضافة الى المشتري لانه اذا أخذ بالشفعة فات باخذه القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذا يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض الا أنه يبقى أصل البيع لان قول البائع للمشتري بعت ايجاب للبيع وقوله منك اضافة اليه فاذا أخذ الشفيع بالشفعة صار كأن ذلك البيع أضيف الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشتري فينقض البيع في حق الاضافة اليه لا أنه ينتقض أصل العقد كما اذا رمى سهما الى انسان فتقدم عليه غيره فاصابه فالرمي في نفسه لم يتبدل ولكن الارسال والتوجه على الاول قد انقطع لتخلل هذا الثاني فيخرج من ان يكون مقصودا بالرمي وكذا ههنا تحولت الصفقة اليه كان العقد من الابتداء وقع معه وقال الشافعي رحمه الله العهدة على المشتري بكل

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا تملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت لوكيله (قوله بتحول الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسئلة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضي بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضرورة رضاه بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم الخ) المشترى اذا كان وكيلا فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أولا فان كان الثانى فهو الخصم للشفيع (لانه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة

فيه فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ماعرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن ياخذها منه اذا كانت فى يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله أن يردها وان كان المشترى شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما فى الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه *(فصل فى الاختلاف)*

اذ الملقى فى صورة الشرطية تقدمها وهو قولهم اذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ماذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجرى بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هنالك فكان ينبغى أن يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد فى الدار وكان المصنف انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

(فصل فى الاختلاف) لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشترى شرع فى مسائل الاختلاف بينهما

حال سواء أخذها من يد البائع أو من يد المشترى لان عنده حقوق العقد ترجع الى المالك (قوله الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره) أى بخلاف البائع مع المشترى فانه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشترى لان البائع ليس بنائب عن المشترى كان هذا جواب لسؤال يرد على قوله وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ماعرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه وهو ان يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشترى يشترط حضورهما كما شرط ثم فاجاب ان الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره قبل التسليم الى الموكل (قوله وكذا اذا كان البائع وصيا للميت) أى يكون الخصم للشفيع هو الوصى (قوله فيما يجوز بيعه) ذكر فى الباب الاول من شفعة المبسوط البائع اذا كان وصيا للميت الا ان الورثة كبار كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشئ يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصى لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر لانفسهم وان كان فيهم صبى صغير جاز بيع الوصى فى جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله وفى القياس لا يجوز بيعه الا فى نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع ان ياخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت فى يده وفى الجامع الصغير الورثة كبار حضور ولا دين على الميت ولا وصية فليس للوصى ان يبيع شيأ من التركة لانه لا ولاية له عليهم فان كانوا غيبا فله بيع العروض لا العقار لان له ولاية الحفظ وبيع العروض من الحفظ فاما العقار فمحفوظ بنفسه ويملك اجارة الكل لانه حفظ حتى لو خيف هلاكه بان كان على شط بحر أو نحوه أو خيف هلاك بناء يملك بيعه أيضا قال صدر الشهيد رحمه الله لو قيل يملك لا يبعد ولو كانوا صغارا فله بيع الكل لانه قائم مقام الاب وللاب ذلك والمتأخرون جوزوا بيع الوصى بضعف القيمة أو لضرورة النفقة والدين والله أعلم *(فصل فى الاختلاف)*

من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجرى بينهما مبادلة حكمية على ماعرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشترى ولو سلم الى المشترى كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا فى الخصومة فى الشفعة اذا كانت الدار فى يد الوكيل كما أن الحكم كذلك فى البائع والمشترى على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائبا عنه (فيكتفى بحضوره) والبائع ثمة ليس بنائب عن المشترى فلا يكتفى بحضوره (قوله وكذا اذا كان البائع وكيلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعنى يكون الخصم للشفيع هو الوصى اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصى يبيع التركة أما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضى للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضا قال

(فصل فى مسائل الاختلاف) لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشترى فى الثمن وهو الاصل شرع فى بيان مسائل الاختلاف بينهما

(قوله أما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين *(فصل فى الاختلاف)*

فيه قال (وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن الخ) الشفيع والمشترى وان كانا بمنزلة البائع والمشترى لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لان الشفيع يدعى على المشترى استحقاق الدار باقل الثمنين والمشترى لا يدعى عليه شيأ فيخير الشفيع بين الاخذ

قال (وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى) لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشترى لا يدعى عليه شيأ لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف البينة بينة المشترى (لانها أكثر اثباتا) فصار كبينة البائع والوكيل والمشترى من العدو ولهما أنه لا تنافى بينهما

وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام انما النص فى حق البائع والمشترى مع وجود معنى الانكار من الطرفين هنالك فوجب اليمين لذلك فى الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا فى طرف الشفيع فلم يكن فى معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما فى معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين فى اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هنالك أيضا انما يوجد فى طرف واحد وهو المشترى فكان التحالف فى تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفى فى باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه فى عدم كون ما نحن فيه فى معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه فى معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشترى ليس فى معنى البائع والمشترى من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضى فلا يلحقان بهما فى حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا فى معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعى فى شرح هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون فى معنى مارد النص فامتنع القياس اه (أقول) الخلل فى كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما الانكار ولا دعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما مر حواله قاطبة حتى نفسه فى كتاب الدعوى بل الذى عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخرا فامتنع القياس ولا يخفى أن امتناع القياس لا يقتضى امتناع الالحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجرى فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ماعرف فى موضعه فبمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به لعدم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشترى لانها أكثر اثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعى

(قوله فصار كبينة البائع) أى مع المشترى يعنى لو اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة البائع لانها تثبت الزيادة (قوله والوكيل) أى كبينة الوكيل مع بينة الموكل فان الوكيل بالشراء

والترك فاذا وقع الاختلاف بينهما فى الثمن وعجز عن اقامة البينة كان القول للمشترى لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد ثمة نص ولا هو فى معنى المنصوص عليه من كل وجه (وان أقاما البينة فهى للشفيع عند أبى حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف هى للمشترى لانها أكثر اثباتا (فصار كبينة البائع) اذا اختلف هو والمشترى فى مقدار الثمن وأقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا فى الثمن فانها للوكيل وكبينة المشترى من العبد مع بينة المولى القديم اذا اختلفا فى ثمن العبد المأسور فانها للمشترى لما فى ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه لا تنافى بين البينتين) فى حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بالف وأخرى بالفين على ما شهد عليه والبينتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر فى حق الشفيع لتأكد حقه فجاز

قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذ النص فى البائع والمشترى مع وجود معنى الانكار فى الطرفين هنالك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا فى طرف الشفيع لان المشترى لا يدعى عليه شيأ (قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بالف وأخرى بالفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بالف ويثبت بحجة المشترى البيع بالفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشترى

أن يجعلا موجودين فى حقه (وله أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشترى لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول (فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى أكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة

فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشترى لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى منه كيف وانها ممنوعة على ماروى عن محمد وأما المشترى من العدو فقلنا ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع و بعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة و بينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام

والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشترى أصلا فضلا عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف * ثم أقول يمكن الجواب عنه بان المشترى وان كان مدعى عليه لا مدعيا فى الحقيقة الا أنه مدع صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا أقامها كما فى المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ماعرف فى محله وأما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه فى صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه فكان للمشترى فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمهما الحلف أصلا فرجح أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر اثباتا و بهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى هذا المقام وحينئذ ماذكرنا مؤيدا به ماذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشترى ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن أبى حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لا تنافى الخ و بقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاهما محمد وأخذ بها وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكر وافى الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى منه) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشترى منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف فى بعض الاحكام وان أريد أن الوكيل والموكل كالبائع والمشترى فى بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشترى أيضا بمنزلة البائع والمشترى فى بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل فى الدفع (قوله و بعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه) أقول يرد على ظاهره أن البيع الثانى لا يصح هنا أيضا ولا يفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شئ واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول و يدل على لزوم الفسخ هنا أيضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ فى حق الشفيع وذلك يقتضى تحقق الفسخ فى نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ فى قوله

مع الموكل اذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها تثبت الزيادة (قوله والمشترى من العدو) أى كبينة المشترى من العدو مع بينة المولى القديم فان المشترى من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا فى ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى من العدو لما فيها من اثبات الزيادة (قوله كيف وانها ممنوعة على ماروى عن محمد رحمه الله) فان ابن سماعة روى عن محمد رحمه الله ان البينة بينة الموكل ان الوكيل صدر منه اقراران بحسب ماأوجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء فأما فى ظاهر الرواية فقد أما الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى ولهذا يجرى التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن (قوله وأما المشترى من العدو) يعنى ان المشترى من العدو والمولى القديم اذا اختلفا فقد نص فى السير الكبير لان البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبى يوسف رحمه الله (قوله فلنا أن نمنع و بعد التسليم نقول

الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى) فلا يمكن توالى العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ماروى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران أى بحسب ماأوجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء (وأما المشترى من العدو فقد ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول أبى يوسف ولئن سلمنا أن البينة للمشترى فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثانى هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة أبى حنيفة فى هذه المسئلة حكاها محمد وأخذ بها (قوله ولان بينة الشفيع ملزمة) لانها اذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والملزم منها أولى لانها وضعت للالزام و بينة المشترى عليه غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شئ ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير الملزم مستمر فى مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما و بين بينة البائع والمشترى والوكيل والموكل فان كل واحدة منهما ملزمة فأما فلهذا صرنا الى الترجيح للزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشترى من العدو لانها غير ملزمة

قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وانها ممنوعة

قال (واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه الخ) اذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن فاما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعنى غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فان كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشترى ووجهه المذكور فى الكتاب واضح وقوله ولان التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شئ ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشترى ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان أكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك

قال (واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر فى حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان و يترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضى البيع على ماعرف و يأخذها الشفيع بقول البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وان كان قبض الثمن أخذ بما قال المشترى ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالاجنبى و بقى الاختلاف بين المشترى والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن

لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه) وهو الفسخ فى حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنا لا الفسخ فى حق المتعاقدين والذى لزم تحققه ضرورة فى الفصلين معا هو الثانى دون الاول فعنى

لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا بخلافه) هذه طريقة لابى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة حكاها محمد رحمه الله والطريقة الثانية حكاها أبو يوسف رحمه الله وهى قوله ولان بينة الشفيع ملزمة و بينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام بيان هذا أنه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشترى تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبى واذا قبلت بينة المشترى لا يجب على الشفيع شئ ولكنه يتخير ان شاء أخذ وان شاء ترك والملزم من البينتين مرجح و به فارق بينة البائع مع المشترى لان كل واحدة من البينتين هنالك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل وكل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفى مسئلة المشترى من العدو على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لانها ملزمة و بينة المشترى غير ملزمة كذا فى الباب الاول من شفعة المبسوط (قوله ولان التملك على البائع بايجابه) أى تملك المشترى على البائع بايجابه أى بسبب قوله بعت منك وان كان سبب التملك فى حقه قوله قبلت الا أن قبوله انما صار سببا للتملك بواسطة ايجاب البائع فيكون البائع أعرف بمقدار الثمن من المشترى فكان القول قوله فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله (قوله لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع) يعنى ان الفسخ وان كان بالقضاء لا يظهر فى حق الشفيع لان القاضى نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم ولان الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع ولهذا ينفسخ العقد الذى جرى بين البائع والمشترى بالاخذ بالشفعة (قوله لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به) لانه أخبر عن الثمن فى حال له ولاية البيان فبنى الحكم عليه ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط

وان اختلفا فسخ القاضى البيع بينهما على ماعرف و يأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضى نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم (وان كان مقبوضا أخذها بقول المشترى ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لما ذكر فى الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أولا فان كان الثانى ولم يذكره فى الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض أن المشترى يدعى أكثر مما يقول البائع والدار فى يد المشترى فاما أن يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فان كان الاول كما لو قال (بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أى بالالف (لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أى بالبيع بذلك المقدار

ثم بقوله (قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشترى كما تقدم آنفا أن الثمن اذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشترى وليس له اسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) قبضت وان كان الثانى كما لو قال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت الى قوله و يأخذ بما قال المشترى (لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين) وصار أجنبيا (وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبى حنيفة أن المبيع اذا كان فى يد البائع فاقر بقبض الثمن و زعم أنه ألف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهو ظاهر

لانه لم يصر أجنبيا لكونه ذا اليد والاك لم يكن مالكا والله أعلم ‎*‎(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)‎*‎ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذى يؤديه الشفيع لان الثمن تابع (واذا حط البائع عن المشترى) حط بعض الثمن والزيادة يستويان فى باب المرابحة دون الشفعة لان فى المرابحة ليس فى التزام الزيادة حق ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان فى الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر فى الكتاب أن البائع اذا حط عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شئ لان حط البعض ملتحق باصل العقد فيظهر فى حق الشفيع لانه انما يأخذها بالثمن والثمن ما بقى على المشترى بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن

وان حط بعده رجع الشفيع موضوعه وقد بينه فى البيوع فى فصل قبيل الربا وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمته) أى بقيمة العرض (لانه من ذوات القيم وان اشتراها بكيل أو موزون أخذها بمثله لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه بها والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهى تمنع من استحقاق الشفعة ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وان

‎*‎(فصل)‎*‎ فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر فى حق الشفيع لان الثمن ما بقى وكذا اذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه فى البيوع (وان زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة فى حق الشفيع) لان فى اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لانه من ذوات القيم (وان اشتراها بكيل أو موزون أخذها بمثله) لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن كما فى الاتلاف والعددى المتقارب من ذوات الامثال

كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر فى حق الثانى هنالك كما يظهر فى حق المتعاقدين وأما ههنا فبخلافه أى لا يظهر فى حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشترى من العدو بالثمن الثانى وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشترى باى الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك فى حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا فى حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثانى فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما لم وقد أهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر فى كثير من المواضع

‎*‎(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)‎*‎ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع فى بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذى يؤديه الشفيع لانه الاصل والثمن تابع كذا فى الشروح (قوله وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل

حق الشفيع فى الاخذ بما قاله فرد عليه بخلاف ما اذا أقر باستيفاء الثمن أولا لانه بذلك خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين والله أعلم بالصواب

‎*‎(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)‎*‎ (قوله بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال) وذلك لان حط جميع الثمن لو التحق باصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع فى الهبة أو يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد فيؤدى الى ابطال حق الشفيع (قوله ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) أى بقيمة العرض عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشترى بوصول قيمة ملكه اليه وانا أن الشفيع يملك بمثل ما ملك به المشترى والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى (قوله فان اشتراها بكيل أو موزون أخذها بمثله) لقدرته على المثل

‎*‎(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)‎*‎ (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أى قبل قبض المشترى الثمن من الشفيع (قوله والثمن ما بقى واذا حط بعده رجع الشفيع الخ) أقول لفظة ما فى قوله ما بقى موصولة والضمير فى قوله بعده راجع الى القبض فى قوله اذا حط عن المشترى بعض الثمن قبل القبض (قوله لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لانه يصير هبة لانه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة فى الهبة (قوله ألا ترى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أى بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقارا بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضى الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعى) القديم (لان الاجل وصف فى الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به) أى بالثمن (فيأخذ باصله ووصفه كما فى الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد فى الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا فى حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به فى حق المشترى ليس برضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضرورى ولا ضرورة فى ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصفا فى الثمن) جواب عن قول زفر ووجهه أن وصف الشئ يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشترى) والثمن حق البائع وقوله (وصار كما اذا شترى شيئا) ظاهر

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال (واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعى فى القديم لان كونه مؤجلا وصف فى الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذ باصله ووصفه كما فى الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشترى ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا

ما ملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذى تملك به المشترى لا بمثل المبيع الذى تملكه المشترى وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذى هو الثمن لا بقيمة الدار التى هى المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر فى المبسوط وفى الكافى الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافى حيث قال ولنا أن الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشترى والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اهـ (قوله وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد فى الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا فى حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به فى حق المشترى ليس برضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضرورى ولا ضرورة فى ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضا بالاجل فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس فى الملاءة فلا احتياج أصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للقول بانه لا بد فى الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه فى مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضى أو بقضاء القاضى حيث جعلوا قضاء القاضى مقابلا للتراضى واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك

الكامل لانهما من ذوات الامثال وان اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان بيع الشئ بالقيمة فهو فى مال البقاء فصار كما لو استحق أحد العبدين ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة (قوله وان باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار) وفى الذخيرة هذا اذا كان الاجل معلوما فاما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك فقال الشفيع انا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت فى الشراء الفاسد (قوله لان كونه مؤجلا وصف فى الثمن) يقال دين مؤجل ودين حال (قوله وليس الاجل وصف الثمن) لان

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول اذ ظهر انه جواب عما يقال الشرط وان لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة لان الرضا بتأجيل المشترى رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس فى الملاءة) أقول أى فى الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل فى باب التحالف

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لامتناع قبض المشترى بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره فى اواخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل الخ) يوهم أن الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل و بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط فى حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبى يوسف الآخر) احترازعن قوله الاول وروى ابن أبى مالك أن أبا يوسف كان يقول أولا كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب فى الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو فى الحال لا يتمكن منه على الوجه الذى يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل فى الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة فى طلبه فى الحال فسكوته لعدم الفائدة فى الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله أولا ما ذكر فى الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة و يجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو متمكن من الاخذ فى الحال) جواب عن قول أبى يوسف الآخر

ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله فى الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل مراده الصبر عن الاخذ أما الطلب عليه فى الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لقول أبى يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع

(قوله ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية قوله وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط فى حقه اه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشترى فأخذها الشفيع من يده و بين ما اذا لم يقبضها المشترى وأخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف فى ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعقد جديد انما هو فيما اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشترى وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشترى بعد أن قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع واقد نادى اليه قول المصنف فى أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفى الوجه الاول امتنع قبض المشترى وأنه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف ههنا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشترى وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكر فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ فى حق الاضافة الى المشترى وتتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشترى بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى أن تملك الشفيع فى هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه فى الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين ههنا مطابقا لما صرح به فى الباب المزبور فلا غبار على شئ منهما أصلا (قوله وهو متمكن من الاخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية

الثمن للبائع والاجل حق المشترى على البائع (قوله لما بينا من قبل) أى فى أواخر باب طلب الشفعة وهو ان البيع انفسخ فى حق المشترى وقام الشفيع مقام المشترى فى حق اضافة العقد اليه و بانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشترى (قوله مراده الصبر على الاخذ) وفى بعض النسخ عن الاخذ وهو الصحيح (قوله خلافا لقول أبى يوسف رحمه الله الآخر) وجه قوله الآخر ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو فى الحال لا يتمكن من الاخذ فلا فائدة فى طلبه فى الحال فسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا لاعراضه

(قوله لان الطلب انما هو الاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو متمكن من الاخذ فى الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق

وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بان يؤدى الثمن حالا قال (واذا اشترى ذمى دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمى احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر عن قيمته كما تقدم فى باب من يمر على العاشر وأجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف فى ذلك فالقول فيه قول المشترى مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر قال

قال (وان اشترى ذمى بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ فى الاول بالمثل والثانى بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم فالتحق بغير المثلى وان كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمى أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

قوله وهو متمكن من الاخذ فى الحال جواب عن قول أبى يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبى يوسف الآخر كما ترى فالتصدى للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف فى نظائره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور فى أول التقرير مما لا يفهم من عبارة المصنف فى قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه وأما ثالثا فلان قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بان يؤدى الثمن حالا مما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبى يوسف الآخر فى هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر فى المبسوط وفى شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للاخذ وهو فى الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ فى الحال بثمن مؤجل فلا فائدة فى طلبه فى الحال فسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الاخذ فى الحال بناء على تمكنه منه بان يؤدى الثمن حالا لا يجدى طائلا فى دفع ما ذكر فى دليله من أنه فى الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف أبى يوسف فى قوله الآخر فيما اذا لم يختر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ فى الحال بان يؤدى الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ فى الحال الخ على تتميم دليل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافى وكثير من الشراح أخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبى يوسف الآخر وجه ظاهر الرواية أن حقه فى الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال

عن الاخذ ووجه ظاهر الرواية ان حقه فى الشفعة قد يثبت بدليل أنه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته (قوله وان اشترى ذمى بخمر أو خنزير) قوله ذمى احتراز عن المسلم فان شراء المسلم بما ذكر فاسد لا شفعة فيه وقوله بخمر أو خنزير احتراز عما اذا اشترى الذمى بميتة أو دم فان الشراء بهما باطل لا شفعة فيه أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل فان الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمى (قوله وشفيعها ذمى) احترز به عن المرتد فان المرتد لا شفعة له سواء قتل فى ردته أو مات

الشفعة فى الحال (قوله وتقريره لا نسلم الخ) أقول فيه بحث الا أن المراد الاخذ فى الحال (قوله وأجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول وتقرير الجواب فى شرح الكاكى هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ولكن فى كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا ابطال حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا ابطال حق الغير وفى مسألتنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر اه وفى شرح الكنز للزيلعى انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير

(فصل) قال (واذا بنى المشترى فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشترى قلعه) وعن أبي يوسف انه لا يكلف القلع و يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس و بين أن يترك و به قال الشافعي الا أن عنده له أن يقلع و يعطى قيمة البناء لابي يوسف انه محق فى البناء لانه بناه على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا وكما اذا زرع المشترى فانه لا يكلف القلع وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين

كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

(فصل) مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بالتأخير فى فصل على حدة (قوله وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه) قال صاحب النهاية فى تفسير قول المصنف وهذا أى وهذا المدعى الذى قلنا وهو أن لا يكلف المشترى بقلع البناء انتهى و بذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية أى ماقلنا انه لا يكلف وقال صاحب الكفاية أى قول أبي يوسف انه لا يكلف المشترى قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أى القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العينى أى ماقلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أى المشار اليه بكلمة هذا فى قوله وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة الخ أصل

أو لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث هذا اذا كان المرتد شفيعا وأما اذا كان المرتد بائعا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب يبطل البيع ولم يكن فيه الشفعة فى قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا فى معنى شرط الخيار للبائع فلا يجب فيه الشفعة واذا كان المرتد هو المشترى فهذا فى معنى شرط الخيار للمشترى فتجب الشفعة به للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم البائع المرتد قبل ان يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه هذا التفصيل كله فى المرتد وأما الحربى المستأمن فى وجوب الشفعة له وعليه فى دار الاسلام سواء بمنزلة الذمى لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه فى دارنا فيكون بمنزلة الذمى فى ذلك فان اشترى المستأمن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشترى لا يبطل شفعة الشفيع وان اشترى المسلم فى دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بداره ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجرى فى دار الحرب ثم فى قوله وان اشترى ذمى أطلق ولم يتعرض ان المشترى دار او بيعة أو كنيسة لان الشفعة تجرى فى الجميع والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله ويعطى قيمة البناء) أى يضمن أرش النقصان والبناء للمشترى فالحاصل ان عند أبى يوسف رحمه الله ان شاء أخذه بقيمة البناء والغرس قائمين على الارض غير مقلوعين وان شاء ترك وعند الشافعى رحمه الله له خيارات ثلاث اثنان ماقاله أبو يوسف رحمه الله والآخر ان له أن يقلع البناء ويضمن ارش النقصان والتفاوت بين قول الشافعى رحمه الله وقولهما فى الامر بالقلع ان عنده يضمن نقصان القلع وعندهما لا يضمن نقصانه وذكر فى التنبيه لاصحاب الشافعى رحمه الله أن للشفيع أن يقلع والمقلوع للمشترى ويضمن الشفيع ارش القلع (قوله وصار كالموهوب له) يعنى ان الموهوب له اذا بنى فى الارض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه و يرجع فى الارض لانه بناه فى ملكه وكذلك المشترى شراء فاسدا عند أبى حنيفة رحمه الله وكما اذا زرع المشترى ثم جاء الشفيع فانه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع (قوله وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) أى قول أبي يوسف رحمه الله انه لا يكلف المشترى قلع البناء

(فصل) الاصل فى المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير فى فصل على حدة (واذا بنى المشترى فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذى اشتراه به المشترى وقيمة البناء أو الغرس وان شاء كلف المشترى قلعه وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع و يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس و بين أن يترك) وهو أحد قولى الشافعى وله قول آخر وهو له أن يقلع و يعطى قيمة البناء ولابى يوسف أنه محق فى البناء لانه بناه على أنه ملكه والمحق فى شئ لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع و يرجع فى الارض و بالمشترى شراء فاسدا اذا بنى و بالمشترى اذا زرع فانه ليس له أن يكلفه قلع الزرع اتفاقا (وهذا) أى ماقلنا انه لا يكلف (لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشترى

يقدر بقيمته بدل الدار فلا يلزم عليه تمليكها

(فصل) واذا بنى المشترى (قوله فانه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول يعنى ليس للشفيع أن يكلفه الخ

وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الادنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها

بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى فى المرهون وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبى حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة الخ دليلا عليه فينبغى أن يقول ولان فى ايجاب الاخذ بالقيمة الخ على ماهو الطريقة المعهودة عند تعدد الادلة والجواب أن من عادة المصنف فى كتابه هذا أنه اذا أراد أن يبين لمية مسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك ايماء الى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان أصل المدعى واحدا وكانه ما صار دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك فى موارده وقد كنت نبهت عليه من قبل أيضا فلا تغفل (قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى لانه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة فى تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم لان الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى أو بقضاء القاضى و بين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم فيما ذكره هنالك تقدم المشترى على الشفيع حيث يثبت الملك أولا للمشترى ثم يثبت منه الى الشفيع بالتراضى أو بقضاء القاضى وما ذكره هنا صريح فى تقدم الشفيع على المشترى فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره ههنا تقدم الشفيع على المشترى فى الاستحقاق و بما ذكره هنالك تقدم المشترى على الشفيع فى الملك والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالا ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت باتصال الملك لشرط البيع والثانى بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين اذ كون الشفيع أقدم فى الاستحقاق لا ينافى كون المشترى أقدم فى التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة و بخلاف الشراء الفاسد عند أبى حنيفة) وقال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثانى لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندى أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة و بخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله فى وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق و يكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه أقوى من حق المشترى فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند أبى حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد والبائع فى الشراء الفاسد اذا بنى المشترى فيما اشتراه انما هو على قول أبى حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع فى ظاهر الرواية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف فى دليله المذكور فى مسئلتنا هذه بقوله وصار

لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بيانه انه اجتمع ههنا ضرران لانه فى تكليف المشترى القلع ضرر لا جابر له ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الا أن له جابرا لانه يدخل فى مقابلته فى ملكه عوض وهو البناء والضرر ببدل أهون من الضرر بغير بدل فيصار اليه (قوله من غير تسليط من جهة من له الحق) احترازا عن الهبة والشراء الفاسد (قوله وغيره من

وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه (وجه ظاهر الرواية أن المشترى بنى فى محل تعلق به حق مؤكد للغير) بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى فى ذلك نقض بناؤه كالراهن اذا بنى فى المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشترى بالشراء الفاسد فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أى نقض البناء لحق الشفيع (لان حقه أقوى من حق المشترى) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا (لانه) أى الشفيع (يتقدم عليه) أى على المشترى ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجدا أو مقبرة وكذا تنقض من تصرفاته غرسا أو بناء وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض و بخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبى حنيفة لان عدم استرداد البائع فى الشراء الفاسد اذا بنى المشترى فى المشترى انما هو قوله وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع فى ظاهر الرواية

(قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أى فى الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما فى الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع

كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا فان جواز الاسترداد فى الشراء الفاسد ينافى قياس المشترى فى مسئلتنا هذه على المشترى شراء فاسدا فى أنه لا يكلف القلع كما هو مذهب أبى يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشترى شراء فاسدا فى دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبى حنيفة بمذهبه فى الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال فى شرح قوله والمشترى شراء فاسدا هذا احتجاج من أبى يوسف على أبى حنيفة بمذهب أبى حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبى حنيفة فقط من مذهبه فى الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه فى التوجيه أن يقال ان لابى يوسف فى البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف فى فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر فى الايضاح ان قول أبى يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع أبى حنيفة اه وكذا لابى يوسف فى مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبى يوسف أنه لا يكلف القلع الخ هذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذى ذكر فى الكتاب بان قال فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشترى قلعه وهذا رواية محمد عن أبى يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلى بن الجعد والحسن بن أبى مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخى فى مختصره وذكر فى غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبى يوسف بقوله والمشترى شراء فاسدا فى الاستدلال على أحد قوليه فى هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه فى مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبى حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبى حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولى أبى يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر (قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد فى الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبى حنيفة لا على مذهب أبى يوسف فكيف يحتج بمذهب أبى حنيفة على صحة مذهبه ولابى يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبى وعندى حق الاسترداد بعد البناء باق فى الشراء الفاسد اه (أقول) نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبى يوسف على الموهوب له والمشترى شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشترى شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشترى شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر فى مسئلة الاسترداد وهو كقول أبى حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبى وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبى حنيفة بمذهب أبى حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر فى شرح ذلك المقام فلا شك فى اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبى حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبى حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) فى كل من وجهى الجواب نظر أما فى الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور فى ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما فى الثانى فلان الظاهر

تصرفاته) كما اذا جعل المشترى الارض مسجدا أو مقبرة

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أى حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبى حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لايجاب القيمة) راجع الى أول الكلام يعنى اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشترى اذا بنى أو غرس ثم استحق رجع المشترى بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما اذا زرع المشترى ولم يجب عن قوله لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقانى

استحسانا

لان قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى تضمن ذلك لان الترجيح بدفع أعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة فى أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشترى فى الدار المشفوعة وصبغها بأشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطى ما زاد فيها بالصبغ وبين أن يتركها وأجيب بانه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن

استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذها منه ولا على المشترى ان أخذها منه وعن أبى يوسف أنه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى والفرق على ما هو المشهور ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخل فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقى بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لان له أن يمتنع عن تملك الدار بماله قال (وان نقض

أن الدليل الظاهر الذى كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما فى البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك فى موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثانى الذى كلامنا فيه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا تسليط ولا غرور فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه) أقول كان الاولى أن يقال ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع لا من البائع ولا من المشترى ليعم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشترى ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذ منه ولا على المشترى ان أخذ منه وعن هذا قال فى الكافى ولا غرور فى حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه وقال فى النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور فى حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشترى لانه تملك عن صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع اه ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لا لانه أخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضى بل لانه ليس بمغرور والمشترى انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته

(قوله وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب) أى ان أخذه الشفيع بالقيمة يعتبر قيمته مستحق القلع كما ذكر فى الغصب (قوله وعن أبى يوسف رحمه الله انه يرجع لانه متملك عليه) أى لان الشفيع متملك على من أخذ منه فينزل الشفيع ومن أخذ منه منزلة البائع والمشترى اذا بنى واستحقت فانه يرجع بقيمة البناء على البائع ووجه المشهور ان حق الرجوع بقيمة البناء انما يثبت لرفع الغرور والبائع التزم السلامة للمشترى عن الاستحقاق فصار المشترى مغرورا من جهة البائع ولا غرور فى حق الشفيع لانه تملك صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه فلا يرجع (قوله لان البناء والغرس تابع) وهذا لان قيام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فكان بمنزلة العين فى الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئا من الثمن اذا كان بآفة سماوية لان الثمن بمقابلة الاصل دون الوصف فان قيل الطرف انما جعل وصفا من العبد ونحوه لانه لا يجوز ايراد العقد عليه مقصودا أما ههنا ايراد العقد على البناء مقصودا جائز فيجب أن يعتبر أصلا كالعرصة ويجب بمقابلته شئ من الثمن قلنا انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط القلع وعند ذلك يصير أصلا أما ايراد العقد عليه وهو تبع لا يجوز بمنزلة العين من العبد

النقض لا يتضرر به المشترى كثير السلامة النقض له بخلاف الصبغ وقوله (واذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشترى (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبى يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه متملك عن المشترى فنزلا منزلة البائع والمشترى ثم المشترى فى صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشترى مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه ظاهر والتامل فيه يرشد الى أن فى قول من قال انهم يعنى أئمتنا زعموا أن البناء اذا احترق لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التامل فان منشأ الغرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن اذا فات من غير صنع أحد وأما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن (وان نقض

(قوله تعسفا لقلة التامل) أقول قوله تعسفا اسم أن فى قوله وبالتامل فيه يرشدك الى أن فى قول من قال الخ

المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناها اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لايدخل من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان وفى القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع ألا يرى انه لايدخل فى لبيع من غير ذكر فاشبه المتاع فى الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس فى النخيل ثمر فأثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ماعرف فى ولد المبيع قال (فان جده المشترى ثم جاء الشفيع لايأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال فى الكتاب (وان جده المشترى سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (أما فى الفصل الثانى يأخذ ماسوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله أعلم

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب)

(أقول) ليس ذلك بشئ لان قيد الجبر مأخوذ فى تعريف الشفعة على ماذكر فى عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد فى تعريفها حيث قال فى متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر فى شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الاخذ بالتراضى أيضا حيث قال يعنى لايعتبر اختياره لاأنه يعتبر عدم اختياره ولايخفى أن توجيهه هنالك هو التوجيه ههنا ولايخل بالفرق بين المشترى مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار فى الاول وعدم اعتباره فى الثانى ولا يتوقف على اعتبار الاختيار فى الاول واعتبار عدمه فى الثانى تامل تقف بقى شئ فى كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو أنه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل أن يقول ان كان سبب الغرور فى المشترى وعدم الغرور فى الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كماهو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى مانفاه وان كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضا خصمه وبين المشترى من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشترى التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشترى مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشترى السلامة اه والظاهر أن خصم الشفيع وان رضى باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب)

ذكر تفصيل ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا فى

(قوله ان شئت فخذ العرصة بحصتها) يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض بحصتها من الثمن (قوله وما كان مركبا فيه) كالابواب والمفاتيح والاغلاق والسلم المركبة (قوله على ماعرف فى ولد المبيعة) الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد أيضا ملك المشترى كامه (قوله فاثمر فى يد المشترى) قيد بقوله فى يد المشترى لانه اذا أثمر فى يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشترى له حصة من الثمن كما اذا كان موجودا فى وقت الشراء (قوله فى الفصلين جميعا) أى فى فصل ما اذا كان فى النخيل ثمر حين وقع الشراء ثم جده المشترى وفى فصل ما اذا لم يكن فى النخيل ثمر ووقع الشراء على الارض والنخيل فاثمر فى يد المشترى ثم جده المشترى لا يأخذ الشفيع الثمر فى الفصلين (قوله وهذا جواب الفصل الاول) وهو ما اذا ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر والله أعلم بالصواب

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب فيه)

قال

المشترى البناء) فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالاتلاف و يقابله شئ من الثمن وقد مر فى البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا) فبقى منقولا ولاشفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان مركبا فيه) يعنى مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ماعرف فى ولد المبيعة) يعنى أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشترى كالام وقوله (فى الفصلين) يريد به ما اذا كان فى النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشترى وما اذا لم يكن ثم ثمر ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى والله أعلم

(باب ماتجب فيه الشفعة وما لاتجب)

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب)

قال (الشفعة واجبة فى العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعى لاشفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فى كل شئ عقار أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال فى الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على مامر وانه ينتظم القسمين مايقسم ومالايقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولاشفعة فى العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا فى ربع أو حائط وهو حجة على مالك فى ايجابها فى السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك فى المنقول لايدوم حسب دوامه فى العقار فلا يلحق به وفى بعض نسخ المختصر ولاشفعة فى البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور فى الاصل لانه لاقرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة و يستحق به الشفعة فى السفل

الشروح (قوله الشفعة واجبة فى العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتى ذكره فى تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فى كل شئ عقار أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به فى كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك فى الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار فى معنى العقار اللهم الا أن يجعل مافى الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما فى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط * ثم أقول قال الامام المطرزى فى المغرب والعقار الضيعة وقيل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اه فلعل ماوقع فى الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين فى المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وماذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثانى منهما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما تثبت فى الضيعة تثبت فى الدار ونحوها أيضا على ماصرحوا به * ثم اعلم انه قال الجوهرى فى الصحاح فى فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولاعقار اه وقال فى فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اه (أقول) فى كلامه اختلال لانه فسر العقار أولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهى الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التى هى مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولاشفعة فى العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا فى ربع أو حائط) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة فى الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة فى غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لاتثبت الشفعة فى عقار غير ربع وحائط أيضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافى دون الحقيقى بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لاقصره عليهما بالنسبة الى جميع ماعداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا

(قوله الشفعة واجبة فى العقار) وهو كل ماله أصل من دار أو ضيعة والربع الدار حيث كانت فى المصر أو القرى (قوله ومالايقسم هو الحمام والرحى والبئر والطريق) أى لايحتمل القسمة أى لو قسم قسمة حسية لاينتفع بها كالحمام والرحى أى بيت الرحى مع الرحى وقال الشافعى رحمه الله لاشفعة فيما لايقسم والخلاف بيننا وبينه راجع الى أصل وهو ان من أصل الشافعى رحمه الله ان الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذلك لايتحقق فيما لايحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر التاذى بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لايحتمل القسمة موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التابيد والقرار (قوله الا فى ربع أو حائط) فى المغرب الحائط البستان وأصله ما أحاط به (قوله بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة) يتعلق بقوله ولاشفعة

ذكر تفصيل ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال (الشفعة واجبة فى العقار الخ) الشفعة واجبة أى ثابتة فى العقار وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وان كان مما لايقسم) أى لايحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به والحسب بسكون السين وفتحها فى معنى القدر واختار الجوهرى الفتح وقال انما تسكن فى ضرورة الشعر وقوله (اذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لابسبب الشركة وليس لنفى الشفعة اذا كان له طريق فى السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة فى الطريق لابالجوار فيكون مقدما على الجار

(والمسلم والذمي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة حق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا

اذالم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال (والمسلم والذمي في الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا أو مكاتبا قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة

الى ما يعم شيأ مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على مامر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على مامر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك اهـ (أقول) لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به المتملك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضا الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها ثبتت بخلاف القياس بالآثار في

في البناء والعلو مجرد بناء فكان ينبغي أن لا يكون فيه شفعة الا أنه التحق بالعقار (قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه) أي في السفل هذا البيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هو انفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له طريق في السفل كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفل بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدما على الجار كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق أولى من صاحب الدار التي عليها العلو لما مر ان الشريك في الطريق مقدم على الجار (قوله والمسلم والذمي في الشفعة سواء) وقال ابن أبي ليلى لا شفعة للذمي لان الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة وهو الكافر ولكن نأخذ بما قضى به شريح رحمه الله وقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضي الله عنه ثم أهل الذمة قد التزموا أحكام الاسلام فيرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر عن الشفيع والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين (قوله والصغير والكبير) أي سواء وهذا عندنا وقال ابن أبي ليلى لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التأذي لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستأجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال وكذلك تثبت الشفعة عندنا للجنين أيضا (قوله والعبد اذا كان ماذونا) وهذا اذا كان بائع الدار غير المولى فالمسئلة تجري على عمومها أما اذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها فللعبد الشفعة اذا كان عليه دين والا فلا وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله

العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير) وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل (ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا أو مكاتبا) فان كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بما هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على مامر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض وكان سببا غيرا لنسبب الذي ملك به المتملك وعلى هذا على

(قوله واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا) أقول قوله واجبة خبران في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ

(لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبد أو حانوت و يصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافيا ولكنه استدل عليه بدليل

على مامر قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره

معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها) قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق اهـ (أقول) في قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة لا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كأن الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل اهـ (أقول) لم يصب في زيادته العبد والحاقه بالدار في المؤاخذة فان العبد مأخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام في قيمة الاعواض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) قال في العناية انما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم اهـ (أقول) فيه بحث لان تمامه يتوقف على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها أيضا ليست باموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست باموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست باموال على أصلنا

الشفعة لان بيعه كان لغرمائه (قوله على مامر) أي في فصل ما يؤخذ به المشفوع في قوله ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته (قوله لان هذه الاعواض متقومة عنده) أي عند الشافعي رحمه الله لان التقوم حكم شرعي والشرع جعل هذه الاشياء مضمونة بهذه الاعواض وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء ألا يرى ان الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع متقومة عنده كالاعيان فاذا جعل الدار عوضا عن البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فله أن يأخذ بقيمته وهو مهر المثل كما لو اشترى بعبد وقول الشافعي رحمه الله انما يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا لانه لا يرى الشفعة بالجوار (قوله أو ما يضاهيه) أي ما يضاهي المهر كبدل الخلع والاجرة اذا جعل شقصا من داره بدل الخلع والاجرة ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها ضروري والحجة عليه في الثلاثة الاول ان تقوم منافع البضع بالعقود ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وهذا لان المال ليس بمثل للمتحقق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لان

مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق (ان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلا) وقوله أي قول الشافعي رحمه الله (يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه) أي ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لا في الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره أن تقوم هذه الاعواض اما أن يكون مطلقا أو ضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) وانما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره

(قوله كافيا) أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ (قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفردهما) أقول فيه شيء لا يخفى جوابه

في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس الاحق الاستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به و يدخر وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الغرض عند العقد و بعده سواء في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة

لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد وأجيب بانه جاز أن يكون معلوما عندهما وبانه جهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها (ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار) أي في شئ منها (وقالا تجب في حصة الالف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية في حقه) أي في حق ما يخص الالف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح) فيه ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على أن تزوجيني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تفضي الى المبادلة المالية واما أن تكون هي المقصودة ممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فاتجر وربح ألفا ثم اشترى بالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو البيع قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدوري قوله

في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى أن المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكار مكان قوله أو يصالح عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا أنكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية أما اذا صالح عليها باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه أخذها عوضا عن حقه في زعمه

والحق عندي في تعليل أن تقومهما أبعد أن يقال لانهما ليسا بمتقومين أصلا أي لا بالتقوم الضروري

قيمة الشئ ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين المال و بين المستحق بعقد النكاح غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطره واعظاما لقدره وصونا لهذا العقد عن التشبه بالاباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع وكذا المنافع ليست باموال عندنا ولهذا لا يضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب وانما يظهر تقومها في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وفي الرابع والخامس ان كل واحد من العتق والدم ليس بمال فضلا ان يكون متقوما أما العتق فلانه ازالة واسقاط وأما الدم فلانه ليس من جنس الاموال وايجاب الدية لصيانته عن الاهدار (قوله في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية فان قيل الدار تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد يضمن بالقيمة قلنا بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالية ألا ترى ان من أتلف ثوبا انسان أو قلع بناء دار انسان يضمن قيمتها ولا ذلك الا باعتبار المالية وقد لا تكون الدار للسكنى والثوب للبس (قوله بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل) يعني تجب الشفعة فان قيل كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل قلنا جاز أن يكون معلوما عندهما ولانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة فلا يفسد البيع (قوله ولا شفعة في جميع الدار) أي في شئ من الدار (قوله حتى ان المضارب اذا باع دارا فيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح) أي في حصة ربح المضاربة لكونه بانعا صورته اذا كان رأس المال ألفا فاتجر المضارب وربح ألفا ثم اشترى بالفين دارا ورب المال شفيعها ثم باع الدار بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل فكذا في حصة الربح وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار له أخرى فله أن يأخذ الشفعة لان شراء المضارب وان وقع له ولكن في الحكم كانه مال ثالث ألا يرى انه لا يقدر أن ينزعه من يده فيكون له وذكر محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وليس

قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل في التغاير بين الدليلين

أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (اذا لم يكن من جنسه) أي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه بان يكون بعض المصالح عنه حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا (الا أن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة) لان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض ان كان العوض دارا

(لان كل واحدة منهما مطلقة عن العوض الا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فان أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب (قوله وان اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى أن قال والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله واذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما (أي لاحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري) فله الاخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها (فان أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لانه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا اذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البلخي من ان أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله (أوضحناه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى

اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا أن تكون بعوض مشروط) لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لانه يمنع زوال الملك عن البائع (فان أسقط الخيار وجبت الشفعة) لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده

ولا بغير الضروري كما مر آنفا (قوله وفيه اشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة

اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته ألا ترى ان رجلا لو رهن من آخر دارا وسلط العدل على بيعها اذا حل أجل الدين حتى يستوفي الدين من الثمن لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع وان باعها العدل والراهن شفيعها بدار له أخرى لم يكن للراهن ان يأخذها بالشفعة لان العدل وكيل الراهن بالبيع مع ان الراهن لا يملك نهيه عن البيع (قوله اذا لم يكن من جنسه) أي من جنس حقه أي اذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به لانه حينئذ يكون آخذا عين حقه في زعمه فلا شفعة (قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يريد به قوله ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا (قوله ولا بد من القبض) وهذا عندنا خلافا لزفر رحمه الله فانه اذا وهب لرجل دارا على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا و بعد التقابض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر رحمه الله تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء و بمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين (قوله والشفعة تبتنى عليه) أي على زوال ملك البائع على ما مر أي في أوائل كتاب الشفعة في قوله والشفعة تجب بعقد البيع الى أن قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار (قوله واذا أخذها في الثلث) انما قيد بالثلث لتكون المسئلة على الاتفاق (قوله وجب البيع) أي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشتري بشرط الخيار لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل انفسخ من الاصل فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة لان هذا ليس ما قاله بل انفساخ من الاصل فكان السبب منعدما في حقه من الاصل (قوله وفيه اشكال أوضحناه في البيوع)

داراعلى أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة فى حق جواب الاشكال رائجة كانت فى حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل فى البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة فى كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشترى (قوله واذا أخذها) يعنى أخذ المشترى بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه فى طرف البائع (قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى) يعنى التى اشتراها المشترى بشرط الخيار (له) أى للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهى التى أخذها المشترى بطريق الشفعة لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال (٣٣٢) (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) أول كلامه ظاهر وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا

واذا أخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى

فى حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة فى حق جواب الاشكال رائجة كانت فى حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل فى بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه فى كفاية المنتهى كذا فى العناية أخذا من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده يابى عن أن يكون مراده بقوله أوضحناه فى البيوع ايضاحه فى بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شئ فى كتابه هذا بعد أن ذكره فى كفاية المنتهى لا يعد اعادة والالزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة فى كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) قال صاحب العناية وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله اهـ وقال بعض الفضلاء فى بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اهـ (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع فى ابتداء العقد يوجد أيضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث فى الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن فى ابتداء العقد وأما فى الصورة الاولى فهو حاصل فى الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوحا الى الاولى والصواب أن وجه التلويح الى ذلك هو أنه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذى هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد فى ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا انما استتر به (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد) واعترض عليه بانه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد فى حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان

وهو قوله ومن اشترى على أنه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك الى أن قال وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبى حنيفة رحمه الله خاصة والاشكال ان المشترى بخيار الشرط لا يملك المبيع فى مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقها المستاجر والمستعير والجواب ان المشترى صار أحق بها مع خياره وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره (قوله وبعد القبض لاحتمال الفسخ) لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى وفى اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه

تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن النصرانى اذا اشترى من نصرانى دارا بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع فى الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا (قوله وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعنى الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد فى حق الشفيع كما لم يثبت فى حقه الخيار الثابت للمشترى الذى اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع فى حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بان فساد البيع انما ثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط فى حقه أو الفساد فى نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض لفساده رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط

اثبات

(قوله تلويح الى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول حتى أسلما أو أسلم أحدهما (قوله يعنى الاخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعنى اثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفساده فيها الخ) أقول فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفى اسقاط الشرط كما فى خيار الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا

خيار وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح) جواب عما يقال احتمال الفسخ فى البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشترى قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن مشترى ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنبها وفى الفاسد المشترى ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن فى الخيار للمشترى يملك التصرف فى الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفى الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بانا لا نسلم أن له ذلك بل هو منهى عنه وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المامور بنقضه من الشرع ممتنع وفى شرع الشفعة فى البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا ولو ورد الخيار للمشترى كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة (٣٣٣) الى أن الشفعة تستحق على المالك

اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لانه صار أخص به تصرفا وفى البيع الفاسد ممنوع عنه قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له

ثبت فى حق المشترى كما لا يثبت الخيار الثابت للمشترى الذى اشتراها بشرط الخيار فى حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل فى قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وأجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط فى حقه أو لفساد فى نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض لفساده بقى البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هنالك وأما الخيار فانما يثبت للمشترى لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والتروى فباسقاطه فى حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما فى الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساده بقى البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفى اسقاط الشرط كما فى شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اهـ (أقول) ليس هذا بشئ لان شيأ من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما

الى التناقض (قوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح) حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ لانه صار أخص به تصرفا وفى الفساد ممنوع عنه (قوله فان سقط الفسخ) بان باع المشترى من آخر وجبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان يأخذ بالبيع الثانى بالثمن المذكور أو ينقض البيع الثانى ويأخذه بالبيع الاول بقيمته فان قيل اذا نقض البيع الثانى صار كان لم يكن فيعود حق البائع فى النقض فلا يكون للشفيع حق الاخذ كما قبل البيع الثانى لانه منتقض من الاصل قلنا ان البيع الثانى صحيح مزيل لملك المشترى وانما ينتقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه فى الاخذ بالشفعة لان انتقاض

بملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا والمشترى بالخيار وان لم يكن مالكا فهو أحق بالتصرف والمشترى شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة فى المبيع كالبناء والغرس عند أبى حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو) أى المشترى (شفيعها لان الملك له) لا يقال فى ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد فى التى أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة ثم لانتقل الشراء الفاسد من المشترى الى الشفيع بوصف الفساد وفى ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشترى وهو يقتضى ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع فى استرداد ما يثبت به حق الشفعة وهو المشترى شراء فاسدا فان بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشترى بالشراء الفاسد أجيب بان ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن فى الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ فى تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع فى الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ماذكرنا من تمكن المشترى من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد

(قوله من فرض عدمه وجوده أقول فيه بحث (قوله واعترض بانا لا نسلم انه الخ) أقول لفظ الاخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض فانه لا يبقى تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشترى بخلافه فى البيع الفاسد فاينا أمل فان قوله فى الفاسد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بانا لا نسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لا نسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الخ) أقول واستظهارا أيضا وقد سبق مثله فى هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعنى ضمنا

(ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشترى (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا أسلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة فى ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط (وان استردها) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشترى لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن فى وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة

لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجرى فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه) ولا فرق فى هذا يعنى فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه وأما اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى وان كان الثانى وهو مراد القدورى ففيها الشفعة على ما ذكره فى الكتاب قال الشارحون قوله ومراده أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هنالك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين والشفعة وما هو الصحيح منهما أما رواية الكسر فمعناها ولا شفعة فى قسمة ولا فى الرد بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الاصل وأما رواية الفتح فقد أثبتها الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية فهو متمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وأنكر فخر الاسلام كالصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره فى الكتاب والامام قاضيخان

ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه

لا يتصور أما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما امكان عدم اسقاط ما يصلح لان يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذ به المشترى لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى للايراد المذكور أصلا (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اهـ (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اهـ (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما

البيع الثانى انما كان لحق الشفيع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفعة (قوله لان قبله فسخ من الاصل) أى قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضاء لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه أو قضاء قاض (قوله ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة) فى الكافى للنسفى رحمه الله وصحح شمس الائمة السرخسى الرواية بالفتح أيضا وقال لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة سواء

(قوله وفيه نظر سيعلم) أقول بعد أسطر

 من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه فى القسمة الثانية اما أن يكون غير ما وقع فى الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا أو غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا والله أعلم

(باب ما يبطل به الشفعة) تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) يعنى طلب المواثبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط فى شئ لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله فى الكتاب (أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) أى طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب

(باب ما يبطل به الشفعة)

والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لانه فسخ فى حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة أنه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم *(باب ما يبطل به الشفعة)* قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب

يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه (قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض) قال جماعة من الشراح أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هنالك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه اهـ وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وتوفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا فى صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اهـ كلامه يعنى يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يحمل قول القدورى أو بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدورى عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلا سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا فى صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه فى الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق (أقول) الحق أن مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدورى وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغى أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذى فطرة سليمة له دربة باساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثانى فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضى كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدورى أو بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتى القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف فى كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فردا آخر أيضا اذا لم يكن القيد منافيا العموم ذلك الفرد الآخر وههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضا غاية الامر أن تأثير القضاء فى عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف

(باب ما يبطل به الشفعة)

لما كان بطلان الشئ يقتضى سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب)

كانت القسمة بقضاء أو رضا وبه قال بعض المشايخ رحمهم الله والله أعلم *(باب ما يبطل به الشفعة)* (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) اى طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بان لم يأخذ أحد فمه أو لم يكن

قال المصنف (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول قوله حين علم اشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور بخلاف ما أشار اليه فى باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعنى طلب المواثبة) أقول يعنى ترك نفس طلب المواثبة مطلقا أشهد أولا

وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهى عنـد القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو فى الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل لانه مجرد حق التملك

وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة (وكذلك ان أشهد فى المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم قال (وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هـذا فى باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفى التجاحد وكذلك ذكر فى الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشـهاد عند هذا الطلب فى الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشترى هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبـة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشـهاد فى حق علم القاضى سمى هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكره من التعليل فى حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا فى النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسـير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا ترك الشفيع الاشهاد أى طلب المواثبة واستغنوا بهذا التفـسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسر صاحب العناية أيضا بما فسرا به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هـذا ان الاشـهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط فى شئ لا يبطله ويعضده قول المصـنف من قبل والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف هنا لاعراضه عن الطلب عاضدا أى معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور فى الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشـهاد ههنا على معناه الظاهرى لقال فى تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشـهاد دون أن يقال لاعراضه عن الطلب وهو الذى أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل فى حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اهـ وأما جعل قول المصـنف من قبل والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسـه ذلك على المطالبة طلب المواثبـة عاضدا أيضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذى مسكة ان مراد المصنف هنالك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله فى الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله فى الكتاب أشـهد على طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما فى الكتاب طلب فى مجلسه ذلك على المطالبـة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غـير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحـدهما عاضدا للآخر (قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض

فى الصلاة (قوله ليس بحق متقرر فى المحل) احترز به عن القصاص بل هو مجرد حق التملك ولا تعلق له بالمحل وانما يظهر أثره فى فعله والاعتياض عن الفعل لا يصح فيجب رد العوض ويبطل الحق فى الشفعة (قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى) بيانه انه لو قال الشفيع أسقطت شفعتى فيما اشتريت على

وما ليس بحق متقرر فى المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسـقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعـنى الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمت شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها (فبالفاسد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والاعارة والتولية

(قوله فلان حق الشـفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التقرير لا يوجـد شرط انتاج الشكل الاول الا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول والاحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثانى (قوله وأما رد العوض فلان حق الشفعة الخ) أقول والحق عندى أن قوله لان حق الشفعة دليـل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاطه الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارح وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفيصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن تعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور فى مثل قول الشفيع أسقطت شفعتى فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره فى بيان الفاصـل فليتأمل قال المصنف (فبالفاسد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساده قلت فى الدليل الاول فليتأمل

اما

ابطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر فى المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلأن حق الشفعة اسـقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعنى الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمتك شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى اهـ كلامه (أقول) هذا شرح سـقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصـنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحـل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنـه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذى فطرة سليمة متأمل فى كلام المصنف بادنى تامل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا التقريب ان المذكور ان فى ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعنى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فى الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط فى الثانى تبصروا واعـترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد فى الجامع الكبير لو قال الشفيـع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشـتريتها لنفسك وقد اشـتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغـيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيـع علق التسليم بشرط وصح هـذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهـذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اهـ قال الشارح العينى بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هـذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبى المعـين النسفى فى شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيـل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا لانه انما أبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما فى الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيـل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير فى باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسـقط القصاص اذا وجـد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شئ كذا ههنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك عـلى ما ذكر محمد فى كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط فى رواية أبى حفص وعلى ما ذكر فى كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط فى رواية أبى سليمـان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيـع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلابد من القول بسقوط حقه فى الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغـير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه فى الكفالة اهـ ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العينى (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور فى كلام الشيخ أبى المعـين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب فى كلام الشيخ أبى المعين متعلق باصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهى قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما بمعزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبى المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع سؤالا وجوابا فى هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضا الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور فى حاشية أخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى

ان تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه يسقط شفعته وان لم يسقط المشترى شفعته فيما اشترى الشفيـع فعلم ان اسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز وانما قلنا هـذا شرط جائز لانه شرط ملائم يمكن تحققه حتى لو تراضيا على ذلك يسقط حق كل واحد منهما فى الشفعة واسقاط الشفعة بالعوض المالى شرط فاسد لانه غير ملائم لانه اعتياض عن مجرد الحق فى المحل وهو حرام ورشوة واذا لم يتعلق يبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع

ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيـه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هـذا الشرط فكيف يصح الاسـتدلال به لانا نقول ثبت بالدليـل الاول فصح به الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك عـلى وجهـين أحـدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصـف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعـراض والثانى أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقـد الاعراض

(قوله ونحوها فهو مـلائم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عـدم الملاءمة لا يتوجه السؤال (قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطـين لا الثانى فقط تامـل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقـول لان بعض الشئ لا يكون عوضا عنه

قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص و بالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقررا فاما في الشفعة فان المشتري ملك الدار قبل الصلح و بعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبعضها قبل اختيارها و بعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط قال

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر و بخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذ لا يصلح شيء منهما الا ان يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم أيضا ما صح الشرط و بطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية وأما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أشار به الى

الشفعة من البائع أو من المشتري بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها هذا بخلاف الاعتياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق لان ذلك كله ملك متقرر في المحل اما ملك النكاح وملك العبد فظاهر وكذا القصاص لانه ملك المحل في القتل ولهذا يتمكن من استيفائه بلا قضاء ورضا فكان اعتياضا عن ملك في المحل فيصح (قوله والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية) أي تبطل الكفالة

قال المصنف (وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول يعني آنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعى ههنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقررا) أقول يعني كان القصاص حقا متقررا (قوله فاما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث اذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل ثمنه و بعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل ثمنه و بالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتأمل فيه فجوابه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لادنى ملابسة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي سكوت الطالب

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشتري اليه أو بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته وليس لورثته أن يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها أو لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع و بقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو أزاله باختياره بان باع تسقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته) أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أن ينقضه كما لو باعها المشتري في حياته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما أن يكون باتا أو بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أي ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو ابراء عن الدين ولا يعلم أن له دينا وطولب بالفرق بينها و بين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم وانما تسقط به الدلالتها على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء وورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع و بقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشتري لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع أن يبطله و يأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة

قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه

ولا يثبت العوض وهو الاصح وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة والفرق ان الشفعة تبطل بالاعراض بخلاف الكفالة وفي الايضاح لا تبطل الكفالة لان الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فشابه الحق في المال من هذا الوجه فاذا لم يرض ببطلانه مجانا لا تبطل (قوله وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط) أي لا يورث خيار الشرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله يورث فكذلك في الشفعة وجه الالحاق به ما ذكره في الايضاح ان الثابت للشفيع حق ان يتملك فظاهر أثر هذا الحق في ان يتخير بين ان يأخذ و بين ان لا يأخذ والارث لا يجري في الخيار وفي المبسوط فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق ان الوارث يقوم مقام المورث فان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشيئة لا يجري فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشيئة بين ان يأخذ أو يترك (قوله وان مات المشتري لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه بخلاف موت الشفيع فان السبب الذي كان يأخذ به الشفعة يزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط ولهذا لو باع ملكه قبل ان يأخذ المشفوع لم يكن له ان يأخذ بالشفعة فكذا اذا زال بموته والثابت للوارث جوار أو شركة حادث بعد البيع فلا يستحق به الشفعة (قوله ولهذا يزول به) أي ببيع ما يشفع به وان لم يعلم بشراء المشفوعة وان لم يكن اعراضا فلان يزول مع كونه اعراضا أولى

(قال المصنف لانه بالموت يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كانه قال لما مر في البيوع ولانه (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول لعل المراد العلم بالمسقط بوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثاني الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بثمانية أسطر تقريبا وهو قوله فان كان الاول بطل

الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى لو كيل المشترى أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر فى الكتاب وهو أن الاول يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والثانى ليس كذلك لان أخذه بالشفعة كالشراء فى كونها رغبة فى المشفوعة والشفعة انما تبطل فى الرغبة عنها (وكذلك) أى كوكيل البائع لو ضمن المشترى الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشترى الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا فى نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) واذا

بلغ الشفيع أنها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت باقل منها أو بحنطة أو بشعير

قيمته ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته أما فى الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال فى النهاية كانه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتفى بانتفاء شرطه وفيه نظر سيأتى بخلاف ما اذا ظهر أكثر من الالف فان من استكثر الالف أكثر استكثار الا كثر فكان التسليم صحيحا وأما فى الثانى فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف قال فى النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب لكونه فى معنى المكيل بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته وكذا

كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى قال (واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن فى الاول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به فى الثانى اذ الجنس مختلف

اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيأ من المعاوضات أصلا فلاجرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال فى المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت باقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ماذكره فى المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال فى المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته

(قوله كما اذا سلم صريحا) أى اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان المشترى حاضرا أو غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق (قوله أو ابرأ عن الدين وهو لا يعلم) أى لو ابرأ رب الدين المديون وهو لا يعلم بان له عليه دينا يصح الابراء (قوله لان الاول) أى من باع أو بيع له أن باخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع اما البائع فلانه بائع حقيقة وأما الوكيل فتمام البيع به أيضا لانه لولا توكيله لما جاز بيعه وكذا تمام البيع باجازة من شرط له البائع الخيار وضمان الدرك تقرير للبيع فكان ضامنا منه كالبائع ومن ابتاع أو ابتيع له وأجازه فله الشفعة لان الاخذ بالشفعة ضرب من الشراء فلا يناقض كونه مشتريا فلا يصير ساعيا فى نقض ما تم منه ولان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة فى المشتراة فلا يكون ابطالا للشفعة وأما البيع فاظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة (قوله أو بحنطة أو شعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه

شفعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشترى الى قوله لا شفعة له) أقول قال فى غاية الوقاية من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشترى له كالموكل بالشراء فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا (قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام فى ابهام هذا التقييد من أول الوهلة ماذكره فالاولى هو الاطلاق

وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد فى حق الثمنية قال (واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشترى هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب

ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا أنهما جنس واحد فى حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة (واذا قيل للشفيع ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله فى الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الا بعد وجوده

التى اشتراها به أو أكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ماذكره فى الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وهذا أيضا استدل فى الذخيرة بما ذكر فى المبسوط وقال فلو أخبر أن الثمن شئ هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسى ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر ان الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال فى النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (أقول) ماذكره صاحب العناية لا يدفع ماقاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع فى عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا أو أكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ابهامه فى بادئ الرأى تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه أمرا مبهما فى هذا المقام كفى أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساويا له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيدين (قوله واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعنى لتفاوت الناس فى الجوار فالرضا بجوار هذا

باطل وتعليله بقوله أو لتعذر الجنس الذى بلغه يدل على انه لو كانت قيمة الحنطة أو الشعير أقل من الالف يبطل التسليم أيضا وفى الذخيرة فلو أخبر أن الثمن شئ هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعته هكذا ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم ثم ظهر انه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال (قوله بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر) أى لا يبطل تسليمه وفى الذخيرة ولو أخبر أن الثمن شئ من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه شئ آخر من ذوات القيم بان أخبر أن الثمن دار فاذا الثمن عبد فجواب محمد رحمه الله انه على شفعته من غير فصل قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر وغير صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما أخبر لان الثمن اذا كان من ذوات القيم فالشفيع انما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم أو دنانير فكأنه أخبر ان الثمن ألف درهم أو مائة دينار فسلمه ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر أو أكثر وهناك كان التسليم صحيحا ولا شفعة له ولو ظهر أنه أقل مما أخبر به كان على شفعته كذا ههنا فلو كان على العكس بان أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف درهم أو ما أشبه ذلك من الاشياء التى هى من ذوات القيم ثم ظهر ان الثمن دراهم أو دنانير فجواب محمد رحمه الله انه على شفعته من غير فصل وبعض مشايخنا قالوا الجواب محمول على ما اذا كان ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر أما اذا كان مثل قيمة ما أخبر أو أكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف المسئلة المتقدمة لانه وان كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبونا فى ذلك لان تقوم

الشئ بالظن يكون دائما وانما سلم حتى لا يصير مغبونا وهذا المعنى ينعدم اذا كان الثمن دراهم (قوله وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر) وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس وذكر الاختلاف فى الاسرار بين علمائنا الثلاثة قال اذا قيل للشفيع الشراء بالف درهم فسلم فاذا بدنانير تساوى ألفا كان له أن يطلب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله بطلت شفعته

غيره) لان التسليم لم يوجد فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه

(فصل) قال (واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار

لا يكون رضا بجواره ذلك كذا فى الكافى قال محمد رحمه الله عليه فى الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الا بعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد فى الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذى أورده الشارح الاتقانى فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التى تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر هنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور فى كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذى يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور فى كلام الامام محمد فى الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذى لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيأ من كلامهما لا يساعد ذلك أصلا أما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان أولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك فى الفاسد وأما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذى لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضى الاعراض دون عدم الاعراض تأمل تقف

(فصل) لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال علم تلك الاحوال فى هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه كذا فى العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به فى قوله لاحتمال أن

استحسانا لانهما جنس واحد فى التجارات وضمانهما أوجه القياس ان الانسان قد يتيسر عليه الشراء باحدهما دون الآخر والرضا باحدهما لا يدل على الرضا بالآخر وان كان الجنس واحدا فانه لو رضى بدراهم جياد فاذا هى غلة كان له الطلب (قوله وفى عكسه لا شفعة) أى لو أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف فلا شفعة له وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ان تأويل هذه المسئلة أنه ظهر انه اشترى النصف بثمن الكل أما اذا ظهر أنه اشترى النصف بنصف الثمن فله الشفعة (قوله فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى على ضد هذا انه اذا سلم الكل لا يكون تسليما للنصف لجواز أن يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد يتمكن من البعض فاما اذا سلم الكل فى البعض فقد عجز عن أداء ثمن البعض فيكون عاجزا عن الكل بالطريق الاولى *(فصل)*

وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع

(فصل) لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال علم تلك الاحوال فى هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول وأنت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التى تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر ههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له لاخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل

(فصل) واذا باع دارا

وسلمه

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله (الا أن المشترى فى الثانى شريك) لانه حين اشترى الباقى كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فان أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع فى الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا اذا استحقت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعنى أنها حيلة عامة الا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشترى الثوب وهو بائع الدار فتضرر به أى برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار وقوله (والاوجه الخ) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا رغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

وسلمه اليه لما بينا قال (واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الاول دون الثانى) لان الشفيع جار فيهما الا أن المشترى فى الثانى شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقى بالباقى وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضى الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا بقدر قيمته الا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الثانى فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار

يكون الجار فاسقا يتأذى به بان قال فى استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندى أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذى يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذى نفس البائع ولا يذهب عليك أن هذه الفائدة مما تحقق فى كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره فى شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة أنه اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقى عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحق الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اه واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور فى فتاوى قاضيخان الا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى آخر ما ذكر فى النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان (أقول) لا يذهب على ذى فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر فى فتاوى قاضيخان وفى الشرحين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدراهم التى هى الثمن دينار

(قوله وسلمه اليه لما بينا) أى لانقطاع الجوار (قوله فالشفعة للجار فى السهم الاول دون الثانى) وفى المستصفى شرح النافع للعلامة النسفى تأويل المسئلة اذا بلغه بيع سهم منها فرده أما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه المسئلة بقوله لان الشفيع جار فيهما الا أن المشترى فى الثانى شريك فيقدم عليه يقتضى الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب (قوله فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما والباقى بالباقى) فلا يرغب الجار فى الاول لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقى لانه صار شريكا وهو مقدم على الجار (قوله فيتضرر به) أى يتضرر مشترى الثوب الذى هو بائع الدار برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار ولا يتمكن البائع من رد الثوب الا برضا المشترى فعسى لا يرضاه (قوله والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحقت المشفوعة تبين بطلان الصرف) لانه تبين أنه لم يكن فى ذمة المشترى ألف ثمن

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به) أقول فى استيفاء الثمن ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراء الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير فى لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير فى قوله ملكه راجع الى المشترى (قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بان ما ذكره ليس تقريرا لما فى الكتاب بل ذلك التقرير حيلة أخرى تعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعى وتقريرها فى الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتأمل

لاغير قال (ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف وتكره عند محمد) لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة مادفعناه ولأبى يوسف أنه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة فى اسقاط الزكاة

(مسائل متفرقة)

ومعنى ماذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقى دنانير وعن هذا قال المصنف فيما اذا استحق المشفوع فيرد الدينار لاغير وقالوا انما لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه ثم كلا العينين مشتركان فى أن بعما الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها العدم لزوم رجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار فى شئ منهما فصار أحدهما نظير الآخر فى الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لان يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال فى العناية أخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة فى هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشترى للشفيع انا أوليها لك فلا حاجة لك

الدار فلم يصر قابضا فى المجلس لكونه فى ذمته فيبطل الصرف فلا يلزمه الا رد الدينار فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة دين ثم تصادقا أن لا دين عليه فانه يرد الدينار كذا هنا بخلاف ما اذا دفع الثوب بمقابلة ما فى ذمته من الثمن وهو اضعاف قيمة الثوب فلو استحقت الدار المشفوعة يرجع المشترى بثمن الثوب على بائع الدار لان باستحقاق الدار المشفوعة لا تبطل المبايعة التى جرت بين مشترى الدار وبائعه فى الثوب ويثبت باستحقاق الدار للمشترى بها الرجوع على البائع فيتضرر بذلك بائع الدار ولا يقال باستحقاق الدار المشفوعة يعلم أن بيع الثوب كان بلا ثمن فيكون البيع فاسدا فلا يتضرر مشترى الثوب لانه لا يطالب بثمن الثوب لانا نقول البيع يحتاج الى ذكر الثمن لا الى وجوده ولهذا قلنا لو باع عبدا بما عليه من الدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فى العبد (قوله ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله) اعلم ان الحيل فى هذا الباب على نوعين نوع لاسقاطها بعد الوجوب وذلك أن يقول المشترى للشفيع أنا أبيعها منك انما أخذت لك فلا فائدة لك فى الاخذ بالشفعة فيقول الشفيع نعم أو يقول المشترى للشفيع اشترها منى بما أخذت فيقول الشفيع نعم أو يقول اشتريت فتبطل به شفعته وانه مكروه بالاجماع ونوع يمنع وجوبها ونوع يرجع الى تقليل الرغبة فيها وانه لا يكره عند أبى يوسف رحمه الله ومما يرجع الى منع وجوب الشفعة أن يهبه البائع بيتا معلوما من الدار بطريقه أو موضعا آخر معلوما من الدار بطريقه فتجوز الهبة لان ما وهب مقدار معين والطريق وان كان مشاعا الا أنه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة فيصير شريكا فى الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل فيصير أولى من الجار الا أن هذه الحيلة تصلح لدفع الجار ولا تصلح لدفع الشريك فى الدار ومن الحيلة أيضا أن يستأجر صاحب الدار من المشترى ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بجزء من مائة جزء من الدار التى يريد بيعها ثم يصبر حتى يمضى اليوم أو يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للحال ثم يبيع الباقى منه فلا يكون للجار الشفعة لا فى الجزء الاول لانه ملكه بعقد الاجارة ولا فى الجزء الثانى لان المشترى شريك فى الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار وأما التى ترجع الى تقليل الرغبة فهى مثل ما ذكر من بيع عشر الدار من المشترى بتسعة أعشار الثمن ومنها ان يبيع البناء من الدار من المشترى بثمن قليل ويبيع الساحة بثمن كثير فلا يجب للشفيع الشفعة فى البناء لانه نقلى ولا يرغب فى الساحة لكثرة الثمن وذكر الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل فقال والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشترى الاضرار به وانما قصد به الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله فأما عند محمد رحمه الله فيكره ذلك على قياس اختلافهم فى الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة *(مسائل متفرقة)*

قال

وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة فى هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشترى للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك فى الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد رحمهما الله وهو الذى ذكر فى الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكاة

(مسائل متفرقة) ذكر مسائل متفرقة فى آخر الكتاب كما هو المعهود فى ذلك ولم يذكر محمد فى الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا هذه وألفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه

(مسائل متفرقة)

(قوله فيتضرر به) أى بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر وهى زيادة ضرر التشقيص فان أخذ المالك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله (ولا فرق فى هذا) أى فى جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشترين بينهما اذا كان قبل قبض المشترى الدار وبعده وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدورى قال روى عنه أن المشترى اذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق

قال (واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وان اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لان العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة فى الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين

فى الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد وهو الذى ذكر فى الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة

(قوله ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح) وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه فرق فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد بخلاف ما بعد القبض لانه لم تبق يد البائع ويقع التملك على المشترى وقد أخذ منه جميع ملكه فلا تفريق (قوله بمنزلة أحد المشترين) يعنى ان أحد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن فليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذلك الشفيع ليس له ان يأخذ نصيب أحد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن بحصته حتى يؤدى المشترون كلهم ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع (قوله لان العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) وفى الذخيرة ولو كان البائع اثنين واشترى المشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب أحدهما وان كان يلحق المشترى ضرر عيب الشركة لانه رضى بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة ثم بيان تفريق الصفقة واتحادها ذكر الامام التمرتاشى محالا الى الجامع اذا اتحد العاقد والعقد والثمن تتحد الصفقة وكذا لو تعدد العاقد بان كان البائع أو المشترى اثنين بان قال للمشترين بعت منكما أو قالا بعنا منك لان موجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد بان قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا أو قال المشترى ذلك وان تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد بان قال بعتك هذا بكذا وبعتك هذا بكذا تتفرق الصفقة وان اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن ففى بعض المواضع تتفرق الصفقة لرجحان حيثية التفرق وفى بعضها لا قيل الاول قياس والثانى استحسان وهو قول أبى حنيفة رحمه الله (قوله لان القسمة من تمام القبض) لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص (قوله والشفيع لا ينقض القبض) أى اذا قبض

عليه الصفقة قوله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشترى وقد أخذ منه جميع ملكه وقوله (بمنزلة أحد المشترين) يعنى أن أحد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله (لان العبرة فى هذا التفريق الصفقة لا الثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وان لحق المشترى ضرر عيب الشركة لانه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم فى كتاب البيوع (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو يترك) وليس له أن ينقض القسمة بان

يقول للمشترى ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض فى الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع بعود العهدة الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين

(قوله يتضرر به الدخيل ضررا زائدا) أقول يعنى على الاخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يحبس الجميع الى أن يستوفى جميع الثمن فلا يؤدى الى تفريق اليد عليه

نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذى قاسم) فانه لم يجر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب فى الكتاب) أى فى الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى (يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله) والباقى ظاهر قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم فى سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصى الذى نصبه القاضى فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله)

وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان فى مجلس القاضى لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل فى الخصومة ومحلها مجلس القاضى وعند أبى يوسف رحمه الله فيه وفى غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح منه التسليم أصلا وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمدا مع أبى حنيفة فى جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابى يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته) وفى بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثانى يناسب رواية المبسوط لانه قال فيه كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفى ابطاله اضرار به ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه فى معنى التجارة لانه يملك العين فيملكانه يوضحه أنه لو أخذها الولى بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح وقوله (ولانه دائر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر فى هذا قد يكون فى تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله (وسكوتهما كابطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها)

نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو المروى عن أبى يوسف لان المشترى لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبى حنيفة أنه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبى فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما أنه فى معنى التجارة فيملكان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبى صح رده من الاب والوصى ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر فى تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس

ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكاة انتهى (أقول) فى هذا التقرير شئ وهو أنه اما أن يراد بالاجماع والاختلاف فى قوله وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه

المشترى المبيع يأخذ الشفيع من المشترى ولا يملك ان ينقض قبض المشترى المبيع فيرده الى البائع ويأخذ منه لتكون العهدة عليه فكذا لا ينقض قسمته لانها من تمام القبض (قوله وقاسم المشترى الذى لم يبع) أى قاسم المشترى مع الشريك الذى لم يبع كان للشفيع نقضه لان هذه القسمة لم تجر بين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد فجعلت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة (قوله ثم اطلاق الجواب فى الكتاب) وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى (قوله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح) أى يصح عند أبى حنيفة رحمه الله فى مجلس القاضى ومطلقا عند أبى يوسف رحمه الله ولا يصح عند محمد رحمه الله هذا هو الصحيح وقيل لا يحفظ جواب أبى يوسف رحمه الله الآخر فيما

(قوله فانه لم يجر بين المتعاقدين) أقول أى المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول لم يذكر الحمل فيما تقدم يعنى فى باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل فى الخصومة ومحلها مجلس القاضى)

فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى وان بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبى حنيفة انه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبى يوسف والله أعلم

(كتاب القسمة)

اجماع المجتهدين واختلافهم فى نفس المسئلة أو اجماع المشايخ واختلافهم فى الرواية وأيا ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب أما على الاول فلان القطع بكون الثانى مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد فى الثانى انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين فى عدم كراهة الحيلة فى هذا الفصل وانما الخلاف بينهم فى فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثانى كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشايخ غير مكروه والخ فلان القطع بكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسى روى عدم كراهة الاحتيال فى باب الشفعة على كل حال حيث قال فى باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشترى الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبى يوسف واما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم فى الاحتيال لاسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام قاضيخان فى فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه فى الاصل الحيلة فى اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول أبى يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبى يوسف لا تكره وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى لا بأس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا للاضرار بالغير فظاهر ما ذكر فى الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

(كتاب القسمة)

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فأحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما فى عامة الشروح وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة نافية للشفعة

اذا سلم الوكيل الشفعة والصحيح ان تسليمه كاقراره (قوله وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم هذا هو الاصح (قوله وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبى حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن أبى يوسف رحمه الله) كذا فى الهداية وذكر فى الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا لانه امتناع عن ادخاله فى ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن أبى يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب

(كتاب القسمة)

القسمة هى جمع النصيب الشائع فى معين وجوازها بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم والسنة فقد باشرها النبى عليه السلام فى الغنائم والمواريث واجماع الامة وركنها الفعل الذى يقع به الافراز كالكيل والوزن والعدد والذرع فى الكيلى والوزنى والعددى والذرعى وشرطها ان لا تتبدل المنفعة بالقسمة ولا تفوت لانها الافراز مال كل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقى المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه فاما اذا تبدل يكون تبديلا لا افرازا لانها

أو الغبن اليسير من المثل (فان بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قيل جاز التسليم بالاجماع) يعنى من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم (كالاجنبى) فيكون الصبى على حقه اذا بلغ (وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبى حنيفة لا يصح التسليم) منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لانهما لم يريا تسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة أولى وانما خص قول أبى حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار فى مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم فى هذا لان تصرفهما فى ماله انما يكون بالتى هى أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبى يوسف بقوله (ولا رواية عن أبى يوسف) لانه كان مع أبى حنيفة فى صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب

(كتاب القسمة)

أقول يعنى فى محل الخصومة الخ

(كتاب القسمة)

القسمة فى الاعيان المشتركة مشروعة لان النبى عليه السلام باشرها فى المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت

قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفى يقتضى سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفى كما فى الامر والنهى والنكاح والطلاق انتهى أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على أصل الشافعى فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار أيضا واستدلوا عليه باحاديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفى الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعى بالحديث المذكور فى أوائل كتاب الشفعة فى عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ماهو المزيف هنالك ثم ان القول بان النفى يقتضى سبق الثبوت ينافى ما تقرر فى المعقولات من أن السلب لا يقتضى وجود الموضوع وأن القول بان المتضادين يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفى ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحو ذلك كيف تقدم المنفى هنالك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظر وهو أنه كما أن فى الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك أحد الشريكين كذلك فى القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين فى البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا فى وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة فى اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفى الشريعة جمع النصيب الشائع فى مكان معين وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذى يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا فى العناية أقول هنا اشكال وهو أنه قد علم مما ذكر آنفا فى الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز فى جميع الصور سواء كانت فى ذوات الامثال أو فى غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم

لا تنفك عن المبادلة والافراز لانه ما من جزء الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه ولم يستفده من صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما فى يد صاحبه

أورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل وهى فى اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفى الشريعة جمع النصيب الشائع فى مكان معين وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات وشرطها أن لا تفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهى مشروعة فى الاعيان المشتركة لان النبى عليه الصلاة والسلام باشرها فى المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت فى ذوات الامثال أو فى غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو أن

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول يعنى الشركة وأنت خبير بان فى القسمة أيضا بقاء الملك

حتى

حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد

يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقى من حقه فى يد صاحبه فكانت القسمة فى كل صورة بالنظر الى البعض الذى كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فيكون معنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذى يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقى من حقه فى يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه فى غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذى هو عين حقه فى الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق فى غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كما فى القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل أنهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر فى ذوات الامثال وغير ظاهر فى غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر هينا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر فى غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجها أبسط مما ذكر فى العناية لظهور معنى المبادلة فى غير ذوات الامثال ناقلا عن المغنى حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الامثال كما هو به صرح فى المغنى وغيره فقال فى المغنى وأما القسمة فى غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة فهى مبادلة من كل وجه أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا فى الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك أن الاشكال الذى ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك فى المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا افراز محض لان معنى الافراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة فى القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم فى غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز فى ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به فى الوجه المذكور كان معنى الافراز فى ذلك ظاهرا راجحا لتحققه فى جميع أجزاء المقسوم وتحقق المبادلة فى بعضها كما تحققته (قوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد) هذا

فكان مبادلة الا أن معنى الافراز والتمييز فى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أبعاضها ومعنى المبادلة أظهر فى الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين أبعاضها فلا يمكن ان يجعل كأنه أخذ حقه (قوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد) أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد

يقبضه بعين حقه والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فاخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل فى القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها أظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ولما استشعر أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض لما أجبر الآبى على القسمة فى ذلك أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر

والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين وهذا لان أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضى ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون

جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى ذلك لما أجبر الآبى على القسمة فى غير ذوات الامثال كذا فى عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو أنه ان أريد بقوله لان فيه معنى الافراز أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدى نفعا فى دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ فى الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذى يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان أريد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذى كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافى بما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الامثال اذ لا شك فى تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فأنى يتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لا محالة لقوله لتعذر المعادلة فى تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتى تبصر تقف (قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين) يعنى انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما فى ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر فى قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت فى ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل فى القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج الى الجواب الذى نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه فى قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا

الشركاء) جواب لسؤال يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض وفى المغنى فان قيل لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبى عليها أى فى غير ذوات الامثال وبالاجماع يجبر وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى ان الشريكين اذا اقتسما دارا أو أرضا بينهما وبنى أحدهما فى نصيبه بناء ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التى بنى فيها ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لثبت الغرور كما لو اشترى قلنا الجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير ألا ترى ان المشترى يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان التسليم اليه مبايعة لحق الشفيع ألا ترى ان المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضى الدين فجريان الجبر عليها لا ينفى كونها مبايعة وأما الثانى قلنا انما لا يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر الى هذه المبايعة لانه يحتاج الى تخليص حقه ومنع صاحبه عن الانتفاع بملكه ولا يمكنه ذلك الا بهذه المبايعة فيكون مضطرا الى هذه المبايعة لاحياء حقه والجبر كما يثبت بالاكراه يثبت بالحاجة الى احياء الحق كصاحب العلو اذا بنى السفل واذا كان مجبرا على هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور كالشفيع اذا

والمبادلة لانها مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء مع ان الديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته وهنا جبر فى المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه أولى وهذا لان أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لا يجبر القاضى الآبى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما) كلامه واضح الا ما ننبه عليه

كفايته فى مالهم غرما بالغنم قال (فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كى لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهى بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضى) لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كى لا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه مخيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة وقالا على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك فتتقدر

الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام فى نفسه لانه ان أراد أن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر فى ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر فى غيرها وان أراد أن المبادلة فى قسمة مختلف الجنس هى الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك فى قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط فيها على أن كون التراضى شرطا فى التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا فى قسمة مختلف الجنس أيضا لان قسمته ليست فى معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احداهما بالاخرى والحق عندى أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقى على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينافى بحسب الظاهر قوله فيما مر آنفا ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم فتأمل فى التوفيق (قوله ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء فى حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما بها كما وقع فى الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع فى الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اه أقول المذكور فى الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضى استدراك ذكر الامانة المراد بها ظهورها فان قلت فلم

أخذ الدار من المشترى بقضاء القاضى (قوله فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) وفى الذخيرة ويجوز للقاضى ان يأخذ على القسمة أجرا ولكن المستحب له ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها وانما الذى يفترض عليه جبر الآبى على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضى جبر الآبى ولم يملك الاجنبى ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ الاجر عليها (قوله وأبعد من التهمة) أى تهمة الميل الى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء من زيادة (قوله عدلا مأمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) أى الشركاء لم يرفعوا الامر الى القاضى بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان فى القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضى كما فى سائر المعاوضات (قوله ولا يترك القسام يشتركون) أى لا يخلى القاضى القاسمين

(قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى يصل اليه أجره على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضى أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرا لكن الاولى أن لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها وانما الذى يفترض عليه جبر الآبى على القسمة الا أن لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبى لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلا مأمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) يعنى لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد تهمة الاخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لانه متى يصل اليه أجره على كل حال الخ) أقول فيه بحث (قوله لا يميل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يميل لفقره

باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله (كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني اذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر (وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز ولانه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب

الانصباء ويزداد دقة بقلة الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وان لم يكن للقسمة) بان اشتريا مكيلا أو موزونا وأمرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أولا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد ينعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيد وبيان وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع) قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقارا أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق المنقول

بقدرة كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة أن الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والاقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في

لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الامانة حتى يستغني بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية

المعينين وأنفسهم على رأيهم في الاشتراك ولا يعينون بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم الى غيرهم لانه لو عينهم في الاستئجار لعل القسام يكافؤن زيادة على أجر المثل فيتضرر به المتقاسمون بل يقول القاضي لكل واحد من القاسمين استبد انت بالقسمة من غير مشاركة الاجر فكان كل واحد منهم مأذونا مجازا بالقسمة من جانب القاضي (قوله كاجرة الكيال والوزان) يعني اذا استأجر الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء (قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وأنه لا يتفاوت) لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكثر لان الحساب يدق بقلة بعض الانصباء وقد يعسر تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقع فيه ولما تعارض الوجهان اعتبر نفس التمييز (قوله وهو العذر) أي العذر هو ان الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق ولا يفصل أي لو أريد اجراء المسئلة على الاطلاق من غير ان يفصل أنه للقسمة أولا والى صحة رواية الاطلاق مال الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله حيث قال في المبسوط فاما أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا رحمه الله هو على الاختلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القاسم ثم قال والاصح ان أبا حنيفة رحمه الله يفرق بينهما ويقول هناك انما استوجب الاجر بعمله في المكيل والموزون الكيل والوزن ألا ترى أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام (قوله وعنه انه على الطالب) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع وقال صاحباه عليهما ماله ان الطالب للقسمة انما يطلب المنفعة نفسه والممتنع انما يمتنع لضرر يلحقه بها فلا معنى لايجاب الاجرة على من لا منفعة له (قوله وفي أيديهم دار أو ضيعة) قيد بهما لانه اذا كان في أيديهم عرض أو شئ مما ينقل قسم باقرارهم بالاتفاق (قوله وادعوا انهم ورثوها) قيد به لانهم لو ادعوا

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعليق الحكم باصل التمييز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب للتعليق المذكور الا أن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتامل ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى

وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو لمنازع للمدعي في دعواه ولا شئ من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار أمارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا تفيد الا أنه يذكر في كتاب القسمة أي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه أوصى بهما

بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالديون فانه انما يقضى عليهما بالبينة بديون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة

المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما

قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي مجال افادة المعنى المقصود ههنا بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خبير بانه لا أولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكاله شئ ولا جوابه أما الاول فلان للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فترتفع الجهالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على ان لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لان يكون مدعيا في دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تتوهم الجهالة حينئذ أصلا وأما الثاني فلان مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شئ من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا البينة على

الشراء من غائب قسم بينهم باقرارهم بالاتفاق (قوله الا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم) وذلك لان حكم القسمة بالبينة بخلاف حكم القسمة بالاقرار لان حكم القسمة بالبينة يتعدى الى الغير حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفهما اقامة البينة على الموت وحكم القسمة بالاقرار لا يتعدى ألا ترى انه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين الا ببينة تقوم على الموت كذا ذكره في الفصل الثاني من قسمة الذخيرة (قوله وهو مفيد) جواب عن قولهما ولا بينة الا

(قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول ستجيء المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب اقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خبير بانه لا أولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم

ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما فى المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان فى القسمة نظرا الخ والثانى أن المنقول مضمون على من وقع فى يده بعد القسمة وفى القسمة جعله مضمونا وفى ذلك نظر للميت بخلاف

العقار عند أبى حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع فى يده عنده (وبخلاف المشترى) جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روى عن أبى حنيفة فى غير الاصول أن القاضى لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث ووجه الظاهر ماذكره فى الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعنى القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما فى أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبى حنيفة خاصة

عن الموروث ولا يمتنع ذلك باقراره كما فى الوارث أو الوصى المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان فى القسمة نظر الحاجة الى الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع فى يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضى الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبى حنيفة

موت الموروث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها (قوله وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال فى العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما فى أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذى فطنة سليمة ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها غير مفيد ههنا بل هو مخل بالمقام لان ذلك الاصل أعنى كون الاملاك فى يد ملاكها يرجح كون ما فى أيديهما ملكا لهما فينبغى أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسئلة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة فى تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها فى بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان فى الاولى ادعوا الملك اه أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشئ لا ينافى احتماله فى الواقع وانما ينافى تقرره وتعينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذى ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشترى يكفى فى أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها الا خلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره فى تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط

على المنكر فلا يفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث فان قيل كيف يجعل خصما عنه والمقر لا يصلح خصما قلنا لما لم يعتبر اقراره عليه يجعل كالعدم كما لو ادعى رجل دينا على الميت وقدم وارثا من ورثته الى القاضى فاقرار الوارث بحقه فاراد الطالب ان يقيم البينة عند القاضى على حقه ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضى يقبل بينته ويحكم له بدينه فى جميع مال الميت لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين فى حقه وحق غيره وكذا الوصى اذا أقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره ابطلان اقراره (قوله وبخلاف المشترى) روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى غير الاصول ان القاضى لا يقسمها بينهم فسوى بين الشراء والارث والفرق على الظاهر ان قضاءه بالقسمة فى المشترى لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى على حكم ملك البائع وان لم يقسم فلا تكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث (قوله

وعندهما تقسم بينهما الا أنهما يقسمان فى الميراث بلا بينة ففى هذا أولى وقيل

(قوله فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان فى الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا للغير) أقول يعنى الميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض

نصيبه) قيل قوله فى أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ والصحيح فى أيديهما لانها لو كانت فى أيديهم لكان البعض فى يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا فى الكتاب وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شئ منه لم يقسم وأجيب بانه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبى) لظهور نصيبهما عما فى يد الغير (ولا بد من اقامة البينة فى هذه الصورة) يعنى فيما اذا كان معهما صبى (عند أبى حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافا لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضى عند أبى حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء الموروث) صورته اشترى

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة فى هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح

جدا ماذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فيها ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعنى أن القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضى أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا فى العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضى أيضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبى يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث فى العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لا انتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك فى دعواهما أى لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا فى رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا أنها فى أيديهما وأقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هنالك صريح الملك فافترقتا فحينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث أو الشراء ويؤيد هذا ماذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا اليد ابتداء وبيانه أنهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن فى يده شئ يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل أن الاملاك فى يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه فلا يقبل قولهما لانهما طلبا القسمة من القاضى والقسمة فى العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما اتفاقا كذلك الاحتمال السابق فلا يقبل

والدار فى أيديهم) أى فى أيدى الحضور (قوله لان فيه نظر للغائب والصغير) أى يظهر نصيبهما مما فى يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب فكان هذا محض نظر فى حق الغائب والصغير (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) يعنى لو اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا

المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان اليد دليل الملك فلا شبهة فى الملك كما تقدم وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تامل (قوله لكنه ملتبس) أقول لمكان الورثة قبله قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول وفى صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبع

الفرق (وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أوشئ منه لم يقسم وكذا اذا كان فى يد مودعه وكذا اذا كان فى يد الصغير) لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق فى هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق فى الكتاب قال (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة) لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصى عن الصبى كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهم الى هنا كلامه فتبصر (قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعنى أن فى هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شئ مما كان فى يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير فى الكافى والمبسوط أقول فى هذا التعليل شئ وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله فى يد

بالقيمة ويرجع الوارث بها او بالثمن على البائع كالمورث (قوله ولا فرق فى هذا الفصل) اشارة الى قوله وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أوشئ منه لم يقسم (قوله كما أطلق فى الكتاب) وهو قوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة على الارث وانه مخالف لما ذكره فى المبسوط لانه قال فى المبسوط وان كان شئ من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم يقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شئ مما كان فى يده عن يده وكذلك ان كان أودع ما كان فى يده منها رجلا حتى غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما فى ذلك ولا يجوز للقاضى ان يقضى على الغائب بحضور أمينه فاهذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضى لانها تقوم لاثبات ولاية القاضى فى تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت فى الميراث فينتصبون خصماء عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فقلما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون وقلما يحضرون فلو لم يقبل القاضى البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر والضرر مدفوع وذكر فى فتاوى قاضيخان فرواية أنه لا يقسم ان قامت البينة ما لم يحضر الغائب هى رواية الجامع فكان قوله فى الكتاب هو الصحيح احترازا عن رواية المبسوط وغيره فى أنه يقسم اذا قامت البينة (قوله لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لانه يحتاج الى اقامة البينة وقوله مقاسما ومقاسما هذا عندهما لانه لا يحتاج الى اقامة البينة عندهما وعن أبى يوسف رحمه الله ان القاضى ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وفى الذخيرة فاذا كان بعض الورثة حضورا والبعض غائبا والدار كلها أو بعضها فى يد الغائب وطلب الحاضر القسمة من القاضى وأقام البينة عن الميراث فان كان الحاضر واحدا فالقاضى لا يقبل بينته ولا يقسم الدار وعن أبى يوسف رحمه الله ان القاضى ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ووجه ظاهر الرواية ان التركة قبل القسمة ان بقيت على حكم ملك الميت من وجه صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة بعد العتق فى نصيبه وكل واحد من الورثة قبل القسمة يرتفق بنصيبه وبنصيب شركائه والحاضر بدعوى القسمة كما يدعى ازالة ما بقى من ملك الميت يدعى على شركائه قطع الارتفاق بنصيبه فلان جاز للقاضى نصب الوصى من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصى من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصى بالشك وليس كما لو ادعى أجنبى دينا على الميت وليس للميت وارث ولا وصى فان القاضى ينصب عنه وصيا لان ذلك دعوى على الميت من كل وجه وللقاضى ان ينصب وصيا عن الميت اما ههنا بخلافه (قوله ولو كان الوارث الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا) وانما ينصب

(وقوله ولا فرق فى هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها) يعنى فيما اذا كان العقار فى يد الوارث الغائب أوشئ منه وقوله (كما أطلق فى الكتاب) يعنى قوله لم يقسم من غير أن يذكر اقامة البينة وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر فى المبسوط وان كان شئ من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شئ مما كان فى يده عن يده وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما) فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك ما بخلاف اذا كان الحاضر اثنين والباقى ظاهر

(قوله يعنى فيما اذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا

*(فصل

(فصل فيما يقسم ومالا يقسم) لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم ومالا يقسم بينهما فقال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) اذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الاول قسم القاضى بطلب أحدهم جبرا على من أبى (لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب

أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره وان كان الثانى فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق فى الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم فى مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه) لان دليل القول الاول دليل أحد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر (والاصح هو المذكور فى الكتاب) أى القدورى (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضى وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا (يستضر) كل

(فصل فيما يقسم ومالا يقسم) قال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وان كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) لان الاول ينتفع به فيعتبر طلبه والثانى متعنت فى طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد فى مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور فى الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها

الغائب أو الصغير أو كان منه شئ زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث فى يد أحدهما وأما فيما اذا كان فى يد أحدهما من العقار شئ يساوى قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شئ مما كان فى يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان فى يده على يده فى صورة التساوى وزيادة شئ عليه مما فى يد الحاضرين فى صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السر فى عدم وقوع ذكر أوشئ منه فى وضع المسئلة فى مختصر القدورى فان هذا القيد فى وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه فى غاية البيان فتأمل

(فصل فيما يقسم ومالا يقسم) لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم ومالا يقسم شرع فى بيانهما فى فصل على حدة (قوله والاصح المذكور فى الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم

القاضى عن الصغير وصيا اذا كان حاضرا اما اذا كان غائبا فلا ينصب عنه وصيا لان القاضى لا ينصب الخصم عن الغائب الا لضرورة ومتى كان المدعى عليه صبيا لو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزا عن احضاره فلا ينصب القاضى خصما عنه فى حق الحضرة فلم تصح الدعوى لانها لا تصح من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا حضر لان الدعوى تصح عليه لكونه حاضرا الا أنه عجز عن الجواب فينصب خصما يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت لان احضاره وجوابه لا يتصور فينصب واحدا فى الامرين جميعا

(فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم) (قوله عند طلب أحدهم على ما بينا) اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كقضاء الدين الخ (قوله فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) كذا ذكر الخصاف رحمه الله وهذا لان الاول يطلب من القاضى ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضى ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه وأما الثانى فتعنت فى طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الكثير (قوله وذكر الجصاص على عكس هذا) أى لو طلب صاحب القليل قسم ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم وذكر فى بعض النسخ الخصاف مكان الجصاص والاصح هو الجصاص لان الاول قول الخصاف (قوله وذكر الحاكم فى مختصره ان أيهما طلب القسمة قسم) والوجه قد اندرج فيما ذكرنا وهو ما ذكر لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه وقوله والآخر يرضى بضرر نفسه

منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها

(فصل) فيما يقسم ومالا يقسم (قوله وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول فى عبارته مسامحة والاظهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل واباء صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير واباء صاحب القليل (قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول يخالف لما فى شرح الكنز للزيلعى

وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا
يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة

وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكيل وموزون كثيرا أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع

القاضي شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل واحد منهم اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين

(قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) وهو قوله وان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم ووجه الاصح هو ان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر ولا يلزم القاضي شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل ألا ترى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة (قوله وتجوز بتراضيهما الان الحق لهما) فان قيل يشترط لصحة القسمة ان ينتفع بالمقسوم كما كان قبل القسمة قلنا ذلك شرط الجبر عليهما الاشرط القسمة بالتراضي اذ ذلك الشئ حقهما فلهما ان يفعلا به ما شاآ (قوله ويقسم العروض) أي جبرا اذا كانت من صنف واحد (قوله ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا) أي لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون وكذلك في البعير وغيره لان الاجناس اذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلا (قوله ولا يقسم الاواني) أي التحقت الاواني بالاجناس المختلفة بسبب الصنعة وان كان أصلها واحدا كالاجانة والقمقمة والطست المتخذة من الصفر مثلا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضي بعضها في بعض (قوله ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف) وفي المبسوط وان كان الذي بين الشركاء ثوبا زطيا وثوبا هرويا ووسادة وبساطا لم يقسم الا برضاهم لان في الاجناس المختلفة تكون القسمة بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين علك على نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما ملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لا بد من التراضي (قوله ولا يقسم ثوبا واحدا) أي عند طلب أحد الشريكين دون الآخر لاشتمال القسمة على ضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا لا يفعل القاضي ذلك وان تراضيا عليه ولكن لو اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه القسمة اتلاف جزء والقاضي

والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكيل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة من أصل واحد كالاجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما

(قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعليل لقوله يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاده الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ ولا

(ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين) يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا

ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز (وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد

الحق لهما الى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتامل

بعضا نه يحصل ولا يتلف كذا في المبسوط (قوله ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا) أي لانه لا تتحقق الا بالقطع لانه لا يمكن التعديل الا بالقطع أو بزيادة دراهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال الدراهم في القسمة جبرا لان القسمة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو أدخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح (قوله بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب) بان تكون قيمة أحد الاثواب دينارا وقيمة الآخر دينارا وربع دينار وقيمة الآخر دينارا وثلاثة أرباع دينار فيأخذ أحدهما ثوبا قيمته دينار وربع دينار والآخر ثوبا قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار فبقي الثوب الذي قيمته دينار مشتركا بينهما اربعه للذي أخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار وثلاثة أرباعه للآخر وهذا لانه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض لان كل واحد منهما ينفرد بثوب وتبقى الشركة في ثوب وذلك جائز اذا لم يكن غيره مثل ان يقسم الضيعة وترك النهر على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض (قوله وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس) يعني ان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو اناثا ألا ترى ان الرقيق يثبت في الذمة مهرا ولا يثبت في الذمة سلما كما في سائر الحيوانات فكذا في القسمة (قوله وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة) كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسة والخياطة والكتابة ففي جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع فلم تكن ذلك قسمة وافرازا فلم تصر محققة كقسمة الحمام والاجناس المختلفة (قوله ألا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد) حتى اذا اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد بخلاف سائر الحيوانات وحاصله ان الرقيق اذا كان بين اثنين فهو على وجوه ان كان مع الرقيق دواب أو عروض أو شئ آخر قسم القاضي الكل في قولهم وان لم يكن مع الرقيق شئ آخر فان كان ذكورا أو اناثا لا يقسم الا برضاهم وان كان الكل ذكورا أو اناثا وطلب بعض الورثة قسمتها وأبى البعض أو أبى أحد الورثة لا يقسم القاضي بينهم في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهم على ذلك وقال صاحباه يقسم ويجبرهم على القسمة والحاصل ان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجبار على قسمة الرقيق الا ان يكون مع الرقيق شئ آخر وهو محل القسمة الجمع كالغنم والشاة فيقسم القاضي الكل قسمة جمع وكان أبو بكر الرازي يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضا الشركاء فاما مع كراهة بعضهم فالقاضي لا يقسم والاظهر ان قسمة الجبر تجري عند أبي حنيفة رحمه الله باعتبار ان الجنس الآخر

ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما ثمة معاوضة تحتاج الى التراضي (وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو اما أن يكون الرقيق مع شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لا يكون فان كان فالاصح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم لشئ تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا أو اناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق الغنم ولابي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك ففي جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد

(بخلاف المغانم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك (لان حق الغانمين فى المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا) فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن فى القسمة كذلك أجيب بان القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق فى القسمة بخلاف ماذكرتم فانه لا يحتاج اليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) والاصل فى هذا أن الجبر فى القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفى قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضى ومن المشايخ من قال القاضى لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى ماذكره فى أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما (قوله واذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضى والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت فى محال أو فى دار واحدة بعضها فى أدناها وبعضها فى أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت فى معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت فى الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما يقل فى مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت فى أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما فى الفصول كلها يقولان

بخلاف المغانم لان حق الغانمين فى المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا وأما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجرى الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين) لانها تشتمل على الضرر فى الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لما بينا قال (واذا كانت دور مشتركة فى مصر واحد قسم كل دار على حدتها فى قول أبى حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى أصل السكنى أجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضى وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل فى القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما فى الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا

(قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا برضا الشركاء) قال صاحب العناية والاصل فى هذا أن الجبر فى القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفى قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضى انتهى أقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضى يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور فى الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ماذكره الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ماذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذى مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف فى التعليل لانه يشتمل على الضرر فى الطرفين الخ أن يقتصر فى بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر فى القسمة

الذى هو مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة وحكم القسمة جبرا ثبت فيه فيثبت فى الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد فى الشئ تبعا وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقف (قوله لا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) الى قوله بخلاف التراضى على ما بين اشارة الى ماذكره فى أوائل هذا الفصل فان كان كل واحد يستضر به لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما (قوله وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة) أى عندهما للقاضى ان يقسم بعضها فى بعض كما فى الدور وعند أبى حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح على حدة لانها تتفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والاجناس المختلفة (قوله كما هو الحكم فيهما فى الثوب) أى فى الوكالة والتسمية فى المهر أى لو وكل رجلا بشراء دار لا يصح التوكيل كما لو وكله بشراء ثوب وكذا لو تزوج امرأة على دار لا تصح التسمية

اختلفت

(قوله أو لاحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه اذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر قسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل

(قوله وقوله لما بينا اشارة الى ماذكره فى أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد الخ) أقول بل اشارة الى دليل تلك المسئلة أو الى قوله لان الحق

ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فيمضى القسمة على ذلك وقوله (على مامر) يعنى فى باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت الخ) واضح الا أنه ذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر فى كتب محمد ولا ذكرها الطحاوى ولا الكرخى رحمهما الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحانوت) أى بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح وقوله (أو تبنى حرمة الربا هنالك) أى فى اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعنى ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة فى رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفى ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله اما أن يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر فى التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد فى المنفعة وهى السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربا

اختلفت بيوتها لان فى قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضى الله عنه تقييد الوضع فى الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا فى مصرين لا تجتمعان فى القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما فى الاخرى والبيوت فى محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على مامر من قبل فأخذ شبها من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضى الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل فى المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

(قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل فى المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثانى صاحب الكافى حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره فى الهداية وهو مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى اما أن يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافى وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد

كما لو تزوج على ثوب (قوله تقييد الوضع فى الكتاب) اشارة الى وضع المسئلة فى الكتاب فى دور مقيدة بكونها فى دور مقيدة بكونها فى مصر واحد اشارة الى ان الدارين اذا كانتا فى مصرين لا يجتمعان فى القسمة عندهما كذا رواه هلال عنهما وعن محمد رحمه الله أنه يقسم أحدهما فى الاخرى ثم هى ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة لانها تتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤاجر بأجرة واحدة فى كل محلة والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازقا بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة كان فى محال أو فى محلة لان المنزل فوق البيت ودون الدار والحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدار اذا كانت متباينة وقالا فى الفصول كلها ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فيمضى القسمة على ذلك (قوله وقال فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز) أى بمنافع الحانوت وهذا يدل على انهما جنس واحد لما عرف ان اجارة السكنى بالسكنى لا تجوز وكذا اجارة أرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لا تجوز فيجعل فى المسئلة روايتان (قوله أو تبنى حرمة الربا هنالك) أى فى اجارات الاصل على شبهة المجانسة أى هما جنسان مختلفان رواية واحدة والفساد ثم لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله كذا ذكره فى الهداية وهو مشكل هذا الاشكال صدر من صاحب الكافى لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى اما ان يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب

لهما الخ فتأمل (قوله واستشكل كلامه) أقول هذا فى الكافى (قوله ويمكن أن يقال) أقول يعنى فى جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعنى انهما متحدا الجنس نظرا الى أصل السكنى فبنى حرمة الربا عليه ومختلفا الجنس نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك فى القسمة فليتأمل

(فصل في كيفية القسمة) لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بان يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة) اذ البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب أحدهم شئ منه فيكون عالما بقيمتها (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه) ان أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى أن تفرغ السهام ويكتب أسماءهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا الخ) قال الامام حميد الدين رحمه الله صورته أرض بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب أساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح واقرعه

(فصل في كيفية القسمة) قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك الى أقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

كان بمنزلة مبادلة الشئ بجنسه نسيئة والجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدا الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفاه نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد ههنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هنالك شبها الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤل بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فيبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هنالك فقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الامامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه اما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدته لاختلاف الجنس اهـ

(فصل في كيفية القسمه) لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما

(فصل في كيفية القسمة) (قوله وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه) أي ينبغي للقاسم تصوير ما يقسمه على قرطاس ليمكنه حفظه اذ يرفع ذلك القرطاس الى القاضي حتى يتولى الاقراع بينهم بنفسه ان

(فصل) في كيفية القسمة (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصوير ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم علك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء

يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لان استعمال القرعة تعليق

لم يأمره بالاقراع ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب أساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى الاقل من الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسداسا ليمكن القسمة وشرح ذلك أرض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة أسهم ولآخر خمسة ولآخر سهم وأرادوا قسمتها قسمت على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحدة وكيفية ذلك ان تجعل الارض على عدد سهامهم وسويت وعدلت ثم تجعل بنادق سهامهم بعدد سهمهم ويقرع بينهم فاول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام وهو أول السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب العشرة أعطاه ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك فاول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب الخمسة أعطاه القاضي ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت البندقة عليه وتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى تصير مستديرة فتكون شبه البندقة (قوله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل) فان قيل في الاقراع تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في معنى القمار وانه حرام قلنا ليس هذا في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا أصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وازاحة تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة في مثل هذه مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم انه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذا زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لان خالتها كانت عنده ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر أقرع بين نسائه مع انه لا حق لهن في القسمة حالة السفر تطييبا لقلوبهن (قوله ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم) أي لا يدخل الدراهم التي ليست من التركة ليجبر بها نقصان بعض الانصباء وصورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء فاراد أحد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك (قوله ودراهم الآخر في ذمته) أي وقت القسمة (قوله

قوله (والقرعة لتطييب القلوب) جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار وهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناها ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة في أيديهم عقار طلبوا قسمته وفي أحد الجانبين فضل فاراد

(قوله وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول الظاهر أن

أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم فى القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة فى الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه الرجل فى الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما اذا كان أرض وبناء الى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله الى أن الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له فى المال ثم علك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رحمه الله الى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت فى هذا القدر فلا يترك الاصل الا لها وهذا يوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة فلا يجعل لاحدهما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا فى بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعنى أن قسم القسام الدار

المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء فى نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو اما أن يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (فى نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا فى القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتميز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط (وان لم يمكن) فاما أن يشترط ذلك فى القسمة أولا فان كان الثانى

ما يساويه من العرصة واذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان كان لا تفى العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل فى نصيب الآخر أو طريق لم يشترط فى القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق فى نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد فى هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق فى الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتميز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد

الاستحقاق بخروج القرعة وهو فى معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس هذا فى معنى القمار لان أصل الاستحقاق فى القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام فى مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم أنه هو

وانه) أى البيع يجامع تعذر الانتفاع كمن اشترى جحشا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع به المشترى فاما القسمة فالمقصود منها ايصال كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه واذا لم يكن له مفتح الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة توقعت على الضرر فلا يجوز وصورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما وأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة وأصاب البيت أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر ان يفتح بابا فيما أصابه من الساحة ويسيل ماؤه فى ذلك فاراد ان يمر فى الصفة على حاله ويسيل ماؤه على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد منهما ان له أصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك بخلاف البيع (قوله ولو ذكر الحقوق فى الوجه الاول) أى فيما اذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه (قوله فكذلك الجواب) أى ليس له ان

(فسخت القسمة لانها اختلت لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستانف وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع تعلق
دارا أو أرضا ولا يتمكن المشترى من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فانه (لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال) كما لو اشترى جحشا صغيرا (وأما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على

يقال ألا ترى الى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول تعليل لقوله لم يدخل الدراهم فى القسمة (قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى الاتقانى فى غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة الى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بان متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول فى التقريب نوع تامل

ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره أن فى القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافى الافراز فقلنا تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه

اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء فى رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضى فى حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه (قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه) أى دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا فى مقداره) أى فى سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم نجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به) فلا فائدة فى جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هى ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع

تعاق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعليق بملك غيره وفى الوجه الثانى يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا فى مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به

المقصود ولكن لو ألقى نفسه فى الماء ربما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار فى ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزا فى النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى

يستطرق ويسيل فى نصيب الآخر مع ذكر الحقوق ثم المراد من ذكر الحقوق ان يقول هذا لك بحقوقه وأما اذا قال هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه فانه يثبت هذه الحقوق (قوله وفى الوجه الثانى) أى فيما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل فيها أى لو ذكر الحقوق لان القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره أى باعتبار تكميل المنفعة وفيها معنى الافراز فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص أى باعتبار معنى الافراز لا يدخل الطريق الذى فى نصيب الآخر وذلك لان معنى الافراز لما كان مراعى فى القسمة كان ينبغى ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان فى نصيب صاحبه وان ذكر الحقوق فى القسمة لانه حينئذ لا يحصل الانقطاع والافراز من كل وجه لكن فى القسمة وان كان معنى الافراز ففيها معنى تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا الطريق (قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص) أى بدون ذكر الحقوق لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر وقد أورد فى مسئلة الاجارة شبهة فى القسمة حيث لم يدخل الطريق والمسيل فى القسمة من غير ذكر الحقوق لتصحيح القسمة حيث فسخت القسمة ودخل فى الاجارة لتصحيح الاجارة فقال فان قيل فعلى هذا ينبغى ان يدخل الطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا ان هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تناوله الاجارة لكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب للآجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب والطريق توفير الشفقة عليهما فاما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل فى القسمة فوجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق وذكر الحاكم الشهيد فى المختصر انهما يدخلان من غير ذكر فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق (قوله ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة) أى قال بعض الشركاء يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع (قوله ولو اختلفوا فى مقدار الطريق) أى فى سعته وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب

جناحا فى نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضا يرفع من الطريق بمقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر فيه ثوران معا وان كان محتاجا الى ذلك لانه كا

(والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال (واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

المبسوط أقول بين أول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا أولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يأبى ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على أنه ليس مما يأباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا فتدافعا (قوله واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو الخ) قال صاحب العناية صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله اهـ وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذا لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا اهـ وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضا فهي المأخذ الاصلي أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير اهـ ولا شك أن المحلة فوق الدار فاذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى أعدل الوجوه ليمضي القسمة على ذلك اهـ

الدار وطوله لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك في المدخل فكذا في السلوك (قوله والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة في غير الطريق لا فيه ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الاعلى لا طوله من حيث المشي هكذا ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه وقال ولم يرد محمد رحمه الله بذكر الطول الذي هو ضد العرض لان ذلك الطول انما يكون الى حيث ينتهون بها الى الطريق الاعظم وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشركاء اذا أراد ان يخرج جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بانيا خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان أرضا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور لانه لا بد لذلك من الزراعة ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى (قوله واذا كان سفل لا علو) له في مسئلة الكتاب ان يجعل

يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وباقي كلامه واضح قال (واذا كان سفل لا علو له) صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله واذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى

لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو

وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين رجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد وهذا كله قول أبي حنيفة وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا أو منفصلين اهـ الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق وأما الثاني فلانه ان أريد بالتراضي في قوله أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه بين أئمتنا الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيفما كان بلا خلاف من أحد ألا يرى أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة وان أريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة فان كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفل على العلو مطلقا كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فانه ينافي القسمة بالذرع أصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سيأتي ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقالوا والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو

بيانه مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع أي سفل مشترك بين رجلين لا علو عليه أو عليه علو لآخر وعلو لا سفل له أي علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل وعلو مشترك بينهما (قوله وقيل أجاب كل واحد على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو) وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو

هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف بناه على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس

(قوله أو هو معنى فقهي) أقول معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف رحمه الله أن

المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد

منهما أن يفعل مالا يضر بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ماذكر في الكتاب

واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان

واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ماشاهد من أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف بناء على ماشاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ماشاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال به أبو حنيفة واستواؤهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ولله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى فاصاب المحز في افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ماذكره محمد وماذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما أولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ماهو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع مالا يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط أو العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ماذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبي حنيفة وحده وماذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ماذكره محمد وماذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ماذكره محمد وماذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولابي يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن يقال ان أصل المقصود

(قوله واستوائهما) فابو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ماشاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في منفعة السكنى (قوله وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى) ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادات في البلدان في ذلك فقال انما يقسم بالقيمة

(قال المصنف وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) أقول يخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ماذكره محمد وماذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفل المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفل

لان

لان لكل واحد منهما أن يفعل مالا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله أعلم

هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر في المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلو مثل نصف السفل ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد أي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله أي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

(قوله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما) أي الى العلو والسفل وقيل في بعض البلدان يكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل كما في مكة ومصر وفي بعضها يكون بالعكس كما في الكوفة وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو (قوله من البيت الكامل) أي المشتمل على العلو والسفل لان علوه مثل نصف السفل فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل وموضوع هذه المسئلة انها في دار واحدة وعنده تقسم اذا كانت في دار واحدة وان كانت في دارين فمحمولة على رضاهم بذلك الا انهم طلبوا المعادلة من القاضي وعنده تجوز القسمة على هذا الوجه (قوله واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) أي اذا كان قسمة الدار والارض بين الورثة أو المشترين فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة انه استوفى نصيبه قبلت شهادتهما عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله وهو قول أبي

(قوله واذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله أولانه أي التمييز لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم قبل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما أما اذا كان القاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

*(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها) لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أخر ذكرها والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار

ماحصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعلى هذا اذا ادعى أحدهما الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان أقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو أقر والزمهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لاسبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة) لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي أن

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخر ذكرها قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر اهـ واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء اهـ أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما يجيء فلا يرد به النقض على شئ من القسمين المذكورين في الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استحلف الشركاء) لانهم لو أقروا لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلا فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هنالك اذ لا يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شئ باقراره بكذب المقر في اقراره والا لزم أن يرد الاقرار الاول برد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا أيضا على ذلك فانه يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه أن يقال فاذا أنكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان انكاركذبه في اقراره يقتضي تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هنالك عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم أقول لكن بقي فيما ذكروا شئ وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقروا وجوب استحلافهم اذا أنكروا والرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضي الله عنه ينبغي أن

يوسف أولا والشافعي رحمه الله لا تقبل وذكر الخصاف ان قول محمد رحمه الله مع قولهما

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

(قوله وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء) أي أقر بالاستيفاء

(قال المصنف والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق)

(قوله فان كان الاول تحالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء (قوله وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو أقروا لزمهم الخ) أقول لو صح لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (قال المصنف ينبغي أن

لا تقبل

لا يقبل دعواه أصلا) يعني وان أقام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أي أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن اقامة

البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه كان يقول لقائل أن يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء

لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد (وان قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير

لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تامل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعي أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من

(قوله واليه أشار من بعد) وهو قوله وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا ففي هذا اشارة الى أنه لا تقبل دعواه فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء لان عدم التحالف عند الاشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى الا أن التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى ألا ترى أنه يجري التحالف عند صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع ويؤيد قوله ينبغي ان لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه ما ذكر في قسمة فتاوى قاضيخان في تقسيم وجوه الغلط حيث قال ومنها أن تكون

لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تامل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتحالفان على ما هو المقرر في الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تامل

الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا

أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم فى باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان فى المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحد المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البدل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف وأما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيأ وانما يدعى الآخر عليه بعض ما فى يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزبور ههنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا فى البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما ورد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست فى معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر فى صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد فى الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوى على ما عرف فى موضعه ولم يوجد شئ منهما ههنا فليتأمل فى الدفع (قوله ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا) قال فى العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر

المنازعة بينهما بعد ما شهد كل واحد منهما على القبض واستيفاء الحق بصفة التمام ثم يقول أحدهما حقى الذى فى يدك وحقك الذى فى يدى أو يقول قد قسمناه ولكن أخذت انا بعض حقى دون البعض لا تسمع دعواه ولا خصومة بعد ما أشهد على القبض والاستيفاء وفى المبسوط فى باب دعوى الغلط من القسمة قال رجل مات وترك ابنين ودارا فاقتسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا فى يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا أن يقر به صاحبه من قبل انه أشهد على الوفاء يعنى أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه فى يد صاحبه فلا تقبل بينة على ذلك ولكن أقر به صاحبه فاقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى يثبت الاستحقاق له وان لم يكن أشهد بالوفاء لم يسمع منه اقراره بالقسمة والقول قوله مع يمينه (قوله ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن فلا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة اذا ظهر فى القسمة) غبن ان كان يسيرا الا فلا يعتبر أصلا وان كان فاحشا ان كانت القسمة بقضاء القاضى تبطل عند الكل وان كانت بالتراضى لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة فى معنى البيع ودعوى الغبن فى البيع لا تصح لانه لا فائدة فيه فان البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى ولقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط فى القسمة والتعديل فى الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة واذا ظهر فى القسمة غبن فاحش كان شرط جواز القسمة فائتا فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثانى كذا فى الذخيرة وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله جعل القول الاخير أولى وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل يسمع دعواه الغلط والغبن أى بعد قسمة التركة بالتراضى وله ان يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضى وهو الصحيح (قوله ولو اقتسما دارا وأصاب كل

وان

المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر فى القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثانى قوله (ولو اقتسما دارا) هو عين مسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة

الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا فى الحدود) قيل صورته دار بين رجلين اقتسماها فأصاب أحدهما جانب منه وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى فى يد صاحبه داخل فى حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى فى يد صاحبه لما بينا يعنى قوله لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذى اليد والباقى واضح *(فصل)* لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع فى النصيبين واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين ففى الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفى الثانى تفسخ بالاتفاق وفى الثالث لم تفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقى واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة ان أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان تكون قيمة الدار ألفا ومائتى درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقى مثله ثم نصف الثلث المقدم استحق فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده وقيمته ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير فى يد كل من الشريكين (٣٧٣) أربعمائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعنى القدورى رحمه الله فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار أن الاختلاف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة فى الاسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذى اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما فى البيع

(فصل) قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى حنيفة ورجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما فى استحقاق

فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة فى قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة فى الظاهر على كون ذلك البيت فى نصيب ذى اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافى ما سيجىء فى الفصل الآتى من أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع فى الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا نور دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

(فصل) لما فرغ من بيان الغلط شرع فى بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار) أى قال المصنف ذكر القدورى الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى

واحد طائفة) هذه المسئلة عين مسئلة أول الباب الا أنها أعيدت لبناء مسئلة أخرى عليها (قوله وكذا اختلفا فى الحدود) بان قال أحدهما هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه وقال الآخر هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه والله أعلم

(فصل) (قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار) أى ذكر الاختلاف

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى *(فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه)* (قوله ففى الاول الى قوله وفى الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثانى قوله واستحقاق بعض شائع فى النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين (قوله ففى الاول لا يفسخ القسمة بالاتفاق) أقول فى شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا فسخت القسمة وان كان معينا لم يذكر هذه المسئلة فاقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كان لم يكن فان كان الباقى فى يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثانى على الاول بذراع وفى غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص فى ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكفى ذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل فى أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحمل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل

لابعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لافى المعين لابى يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلابد من التراضى وصار كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين فى انعدام معنى القسمة وهو الافراز أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما فى النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين

يبقى الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضى بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما لانه لا يوجب الشيوع فى نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخرين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقتسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين فى عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع فى النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه فى النصيبين أما ههنا فلا ضرر للمستحق

بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الاصح لابى يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب

يوسف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف فى الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة فى الاسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بكلمة الى فى قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا أيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لا فى المعين انتهى أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان كلام القدورى ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور فى هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان لمجرد التأكيد بل صار بمنزلة اللغو فى مثل هذا المقام وأما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للمراد من الكلام فانى هذا من ذلك على أن الاصل فى أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين فى محله فتبين أن كلام القدورى ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر فى علم الاصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على أحد معنيي القطعى وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا أن التفاوت بينهما أى بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر ههنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابى يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة) قال صاحب العناية فى

فى الاسرار فى استحقاق بعض بعينه كذا ههنا وقع سهوا لان وضع المسئلة فى الاسرار فى استحقاق بعض شائع والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا لم تبطل القسمة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولكن يخير المستحق عليه ان شاء رد الباقى واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينقض وقال أبو يوسف رحمه الله انتقضت القسمة وقول محمد رحمه الله مضطرب فابو يوسف رحمه الله يقول القسمة للافراز وحين استحق جزء شائع من نصيب أحدهما تبين ان الافراز كان باطلا كما لو استحق النصف من النصيبين جميعا وأبو حنيفة يقول بان الاستحقاق لم يوجب شيوعا فى نصيب الآخر فلا تنتقض القسمة كما لو استحق بيتا بعينه من نصيب أحدهما (قوله فهذه ثلاثة أوجه) الاول ان يستحق جزء شائع من كل الدار والثانى ان يستحق جزء بعينه والوجه الثالث ان يستحق جزء شائع من نصيب أحدهم (قوله لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز) اما فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهر وكذلك الآخر

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى فانها اذا كانت بقضاء القاضى يبطل أيضا اذا لم يرض الغائب على ما يجىء فى شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمة فيها فلابد من التراضى) أقول فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيها آكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش فى أحد الطرفين فسخ على ما مر فى الدرس السابق (قوله فاقتسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقتسم الاثنان

الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا فى الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع فى النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه فى النصيبين أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقى شائعا رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبى يوسف ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة

وقوله (وصورة المسئلة) يعنى مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس قوله (ولو باع صاحب المقدم نصفه) يعنى النصف من الثلث المقدم الذى وقع فى نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثانى رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعنى من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض فى فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند أبى يوسف جميع ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقى بعد الاستحقاق

(قال المصنف لان القسمة تنقلب فاسدة عنده) أقول يعنى فى حق المقاسم لا فى حق المستحق فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضاه باطلة

تعليل هذه المقدمة أعنى قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلابد من التراضى انتهى ومأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابى حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبى حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى فانها اذا كانت بقضاء القاضى تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجىء فى شرح قوله ولو أبرأه الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضا الغائب ألا يرى الى ما مر فى الكتاب فى أوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضى القسمة فى تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجىء فى شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بحوالة رابحة اذ لا شئ فى شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث والموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما فى عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة فى صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها فى قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها فى مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبى يوسف فيما نحن فيه أو المراد انتقاضها بالكلية أيضا لكن فى صورة القسمة بالتراضى دون القسمة بقضاء القاضى اذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضى نص عليه فى البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة ألا يرى أنه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقى على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان كانت بقضاء القاضى لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم

فى نصيب الآخر لانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين لان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراء ذلك البعض (قوله بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث) أى لواحد

قوله (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال ينبغي أن ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه قال (ولو وقعت القسمة الخ)

نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

ظهر أن ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيه آكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضا ان أراد أنها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضا فليس كذلك وان أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضا عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيأ فان عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها آكد في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم فأبو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال وان اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولقائل أن

منهم نصف والنصف الآخر بين اثنين على السوية والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقتسم الاثنان على ان يأخذ نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثلاثة اثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ٧ أرباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى (قوله ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) أي اذا لم يؤد الورثة الدين لم يبرأ الغرماء اما اذا أداه الورثة أو أبرأ

ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي من الديون وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما ولو على هذا ولو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا *(فصل

(قوله والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن

(فصل في المهايأة) المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة

يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها أولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه أقول وأنت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم مما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤد سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا *(فصل في المهاياة)* لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ وابدال الهمزة الفا لغة فيها والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايأ فلان فلانا وتهايأ القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس يأبى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اهـ أقول فيه شئ وهو أن ما ذكروا في وجه اباء القياس جوازها انما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة

الغرماء جازت القسمة) اعلم ان الورثة ان طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا للتركة فالقاضي لا يقسمها بينهم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة لتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنصيبه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فلا يكون في القسمة فائدة فلا يقسمها وان كان الدين غير مستغرق للتركة فالقياس ان لا يقسمها أيضا بل يوقف الكل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبي حنيفة رحمه الله الاول ولكنه استحسن فقال قلما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح ان يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن ان ينظر للفريقين جميعا فيوقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم لحفظ نصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه والله أعلم

(فصل في المهايأة) الهيئة هي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل فيها وهو ان يتواضعوا على

ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

(فصل في المهاياة)

يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل

*(فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع فى بيان أحكام قسمة الاعراض وهى المهاياة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واختار أن الترجمة بالباب أولى لان الكلام فى باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيما فيه

والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ وقد تبدل الهمزة ألفا وتحقيقه أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها أو أن الشريك الثانى ينتفع بالعين على الهيئة التى ينتفع بها الشريك الاول وفى عرف الفقهاء هى عبارة عن قسمة المنافع وهى جائزة استحسانا والقياس يأباها الا انها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه فى نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضى اذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجرى فى القسمة الا أن القسمة أقوى منها فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا أى ولكون القسمة أقوى اذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضى لانه أبلغ فى التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم لجواز أن تطلب الورثة المهاياة فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف ولو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا

ولهذا يجرى فيه جبر القاضى كما يجرى فى القسمة الا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضى لانه أبلغ فى التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه

وينتفع الآخر به مدة أخرى لا فى صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايآ فى دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها فان التهايؤ فى هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجىء فى الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق أمرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا فى بيانه لا يفى بذلك كما ترى (قوله الا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول فى كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسيأتى فى ذلك الكتاب أيضا والجمع على التعاقب انما هو فى التهايؤ من حيث الزمان وأما فى التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع فى زمان واحد كما سنحققه نعم ان القسمة فى الاعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذى هو قسمة المنافع

أمر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة و يختارها اما المهايأة بابدال الهمزة المفاعلة وهى فى لسان الشرع قسمة المنافع وانما جاز فى الاعيان المشتركة التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وهى واجبة اذا طلبها البعض دون البعض وتكلموا فى كيفية جوازها قالوا ان كانت فى الجنس الواحد والمنفعة تتفاوت تفاوتا يسيرا كما فى الثياب والاراضى تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بها واذا طلب أحدهما أجبر الآخر عليها ان لم يطلب القسمة وان كانت فى الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهما وهذا لما ذكرنا انها قسمة المنافع فيعتبر بقسمة الاعيان وهى اعتبرت مبادلة من كل وجه فى الجنس المختلف ومبادلة من وجه وافراز من وجه فى الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا وبعضهم قالوا بانها فى الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه كان ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه له وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه ولا تعتبر مبادلة بوجه ما لجوازها فى الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما جاز فيه لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه ينفرد أحدهما بنقضها بعذر و بغير عذر ولو كانت مبادلة من وجه لما تفرد أحدهما بذلك كما فى الاجارة لكن الاول أصح لان العارية لا تكون بعوض وهذا بعوض لان كل واحد منهما انما يترك المنفعة من نصيبه على صاحبه فى نوبة صاحبه حتى يترك صاحبه نصيبه عليه فى نوبته وانما لم تجز النساء لان القياس ان لا تحرم النساء باحد وصفى علة الربا لان الدين من العين مستويان فى القدر الا أن للعين فضل الجودة لما ان العين خير من الدين وأجود منه و بالفضل من حيث الجودة لا تحرم عند وجود وصفى علة الربا فلان لا يحرم عند وجود أحدهما أولى الا أنا أثبتنا هذه الحرمة عند أحد وصفى علة الربا بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه والمهايأة مبادلة من وجه افراز من وجه فيعمل فيها بالقياس (قوله على ان يسكن هذا طائفة) يعنى ناحية من الدار وهذا طائفة أى ناحية أخرى منها (قوله

(قوله لانها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعنى نسيئة

جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر فى المتن فالتهايؤ فى هذا الوجه وهو أن يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب آخر منها فى زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين وكذلك فى حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قيل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط فى العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسى رحمه الله وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك أيضا والاولى أن يكون ابتداء كلام لنفى قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترطا الاجارة فى أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون توضيحا الى قوله ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط فى العقد ذلك) أقول منقوض بالاعارة

لحصول التملك فى الاولى من حيث الذات والمنفعة وفى الثانى من حيث المنفعة فحسب (قوله والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت) هذا ايضاح أنه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التاقيت كذا فى الشروح أقول للقائل أن يقول ان أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط فى الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز أن يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بان يكون افراز النصيب كل واحد منهما من المنفعة فى الناحية التى يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها فى الناحية الاخرى بنصيب الآخر فى الناحية التى يسكن هو فيها كما قالوا فى قسمة الاعيان على ما مر فى صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط فى الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التاقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية فى تعليل قول المصنف والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين وكذلك فى حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة فى شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة فى البيتين فى بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقرر فى محله فكيف يتمكن القاضى من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضى يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد أن القاضى يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التاقيت كما أشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قلت اشتراط التاقيت فيه ليس باصعب من اعتبار المحال محققا حتى يرتكب الثانى لاجل دفع الاول وأيضا اعتبار المحال محققا ليس باولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثانى وترك كثير مما يعتبر فى الشرع لاجل الضرورة شائع فى قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكروا فيما مر آنفا من أن القياس يأبى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهى لا تجوز عندنا على ما تقرر فى كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التاقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء فى بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التهايؤ فى الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التاقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع فى العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضى المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد قبل مضى المدة ههنا أيضا متحقق اذ قد مر فى الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة أبلغ فيحتمل أن يطلب

التهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء) انما قيد بقوله فى هذا الوجه وهو ان يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب آخر منها فى زمان واحد لانه اذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل افرازا لا مبادلة لانهما اذا تهايآ مكانين فى زمان واحد يتحقق معنى الافراز وأما اذا كان التهايؤ فى الزمانين فى مكان واحد لا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر فى نوبته فكان مبادلة لا افرازا (قوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت) ايضاح على انه افراز لانه لو كان مبادلة لا يشترط التأقيت كما فى الاجارة لانه لو كان مبادلة كان

(ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاياة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة (قوله ولو تهايآ في العبدين) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) فيه أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاف عنه بمثل ما قال بعض المشايخ

(ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا) لان التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا يجري

الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة (قوله ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام ألا يرى أن كثيرا من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ماذكروه وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاياة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افراز

تمليك المنافع بالعوض فيلتحق بالاجارة حينئذ فيشترط التأقيت (قوله لان التهايؤ في المكان أعدل) لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد (قوله وفي الزمان أكمل) لانه ينتفع بجميع الدار (قوله فان اختاراه من حيث الزمان) انما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق لان التسوية في المكان ممكن في الحال بان يسكن

(قوله ولم يذكر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهاياة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أسطر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

فيه الجبر عنده والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز و يجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا و بالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي و يجري فيه جبر القاضي و يعتبر افرازا أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال أئمتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربا النساء نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضا مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضا أما أولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولا يخفى أن التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهاياة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة وأما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهاياة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهاياة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة

هذا بعضها والآخر بعضها أما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن الا أن تمضي مدة أحدهما ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة فيقرع نفيا للتهمة وتطييبا للقلوب (قوله ولو تهايآ في دارين) أي على السكنى والغلة (قوله وقد قيل لا يجبر عنده) وهو قول الكرخي رحمه الله (قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز فيه التهايؤ أصلا) أي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي اما بالجبر فلما قلنا وهو قوله اعتبارا بالقسمة و بالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى وهو غير جائز على ما مر في الاجارات و جواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر أن الحرمة عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم) أي ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت أوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله (ولو تهايآ فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(٢ قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ وجد بهامش الاصل حق العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانهما لان أما لا يليها الا الاسم اه مصححه

ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى أن يمتنع الجواز

الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل أن يتهايآ على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي وأما ثانيا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وان كان أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال المراد بما ذكرههنا أن قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية اهـ أقول لقائل أن يقول مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع أن التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجىء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى أن يمتنع الجواز) وعورض بان معنى الافراز

البيع والمهاياة افراز من وجه مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس (قوله لما بينا) اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى آخره (قوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع) وهو التهايؤ في الاستخدام الخالي عن الاستغلال (قوله لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أى من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق فاولى أن لا يجوز في العبدين ولكنهما يفرقان بين جواز التهايؤ في استغلال العبدين وبين عدم جواز التهايؤ في استغلال العبد الواحد ذكره في المبسوط وقال فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فيجوز ذلك كما في المهايأة في الخدمة وفي غلة الدارين فاما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لانه يصل أحدهما الى الغلة قبل أن يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطر فربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع عن الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار

التهايؤ

وقوله (ووجه الفرق) يعنى بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله (فتفوت المعادلة) لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله (ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعنى في الدار الواحدة وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله (اعتبارا بالتهايؤ في المنافع) يعنى في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله (لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أى من التفاوت من حيث الزمان في العبد

الواحد لانه قد يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة وأجيب بان التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع في الخدمة قلما تتفاوت وقوله (والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة وقوله (ولان الظاهر) وجه آخر لابطال القياس

والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايآ على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة وأجيب بان التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظر اذ قد مر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين من قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا الا أن كل واحد منهما علة مستقلة الى هنا كلامه أقول لا السؤال بشيء ولا الجواب أما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا توارد هما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى أن المقصود من ايراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى المطلوب ليسلك الطالب أى طريق شاء وأما الثاني فلان الظاهر من تعليل المصنف باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم أن لا يفيد شيء منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين أما قلة التفاوت فلان القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك

الواحدة لان الغالب فيها السلامة (قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة) هذا جواب اشكال يرد على قوله لان التفاوت في اعيان الرقيق أكثر وهو أن يقال لو كان التعليل بالتفاوت في اعيان الرقيق معولا عليه لما جاز ذلك في الاستخدام فاجاب ان في الاستخدام ضرورة لانه لا يمكن قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعينا (قوله الحيلة ان يبيع حصته من الآخر) أى من الشجر والغنم والله أعلم

ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تامل (قال المصنف اذ قرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تاجيل القرض ليس بجائز الا أن يقال ليس قرضا من كل وجه

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالا هي جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد

(كتاب المزارعة) لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) وانما قيد بالثلث والربع لتبيين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع (وقالا هي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) ولما ذكر في الكتاب من القياس

من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منهما جزء العلة لا علة مستقلة والله الموفق للصواب

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع اهـ أقول يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير اهـ والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لأنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما في الربح وههنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز لما سيأتي في الكتاب أنه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمعا مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة

(كتاب المزارعة)

(قوله اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع) هي تقتضي فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين وانما سمي بها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) وانما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة بالنصف أيضا وكذا بالخمس والسدس وغير ذلك من المقادير عنده تبركا بلفظ الحديث وهو ما روى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير (قوله فيجوز اعتبارا بالمضاربة) والجامع دفع الحاجة فان الانسان قد يكون له أرض المزارعة ولا يهتدي اليها وقد يكون مهتديا ولا يكون له أرض فتثبت الحاجة الى انعقادها لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة فان ذا المال لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد والابريسم فان تلك الزوائد تتولد من العين ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم تتحقق شركة مع أنه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر

لأنه

وقوله (لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة (ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة) فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله) فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان (بطريق المن والصلح) لانه لو أخذ الكل جاز لانه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة فكان ما ترك في أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (واذا فسدت عنده)

لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روى أنه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ منه فله أجر مثله) لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض

فتأمل (قوله لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ أن يحمل الضمير في قوله لانه على الشان كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب اهـ أقول كون خيبر من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر وذكر واحد أرض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فمن أتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بان خيبر ليست من أرض العرب

فأما ههنا فلعمل المزارع تأثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهر في عامة البلدان فافترقا (قوله وله ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة) وهي المزارعة من الخبير وهو الاكار لمعالجته الخبار وهي الارض الرخوة وقيل من الخبرة وهي النصيب (قوله ولانه استئجار) والدليل على انه استئجار هو انه لا يصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استئجارا ببعض ما يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان وهو ان يستأجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها (قوله ولان الاجر مجهول) أي على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ما شرط له من الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل أو أكثر أو معدوم أي على تقدير أن لا يخرج من الارض شئ اذا أصابته آفة أو أن ذلك الاجر لا يثبت في الذمة فيكون معدوما حقيقة بخلاف ما اذا استأجر شيأ وليس في ملكه شئ من الاجر حيث يصح الاستئجار لوجود الاجر في الذمة (قوله ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) الخراج على نوعين خراج وظيفة وخراج مقاسمة فالوظيفة هو ان يوظف الامام كل سنة على مال كما صالح النبي عليه الصلاة والسلام مع أهل نجران على ان يؤدوا كل سنة ألفا ومائتي حلة ستمائة في محرم وستمائة في رجب والمقاسمة هي أن يقسم الامام ما يخرج من الارض كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر على ان ما يخرج من أراضيهم نصفه للنبي صلى الله عليه وسلم ونصفه لاهلها كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله في زكاة الجامع الصغير وليس في هذا الحديث حجة لجواز المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه لو أخذ الكل جاز فانه عليه الصلاة والسلام ملكه غنيمة وكان ما ترك في أيديهم فضلا وقد أجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة المعلومة فلم يصلح الحديث حجة وأما الجواب عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا لا يصح الاستدلال بعقد المضاربة لان معنى الشركة ثم أغلب حتى يصح بدون ضرب المدة فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة عقد ينعقد على محض العمل كما في شركة الاعمال فلم تكن المزارعة نظير المضاربة لان معنى الاجارة في المزارعة أغلب لاشتراط المدة فيها بخلاف المضاربة فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة كذا في

(قال المصنف ولان الاجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب فتأمل (قوله لان معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الاغلبية بل على وجود معنى الاجارة

واضح وقوله (والخارج فى الوجهين) يعنى فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله (لانه نماء ملكه) منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر وقوله (كما فصلنا) اشارة الى قوله وهذا

والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط أحدها كون الارض صالحة للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثانى أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هى المعيار لها ليعلم بها (والرابع بيان من عليه

(قوله والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر كذا فى العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكر أما الاول فلان الزرع فى الصورة المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد مر فى فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بامثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا وأما الثانى فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر فى الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر غيره والكلام فى الاول دون الثانى فلا يتم التقريب (قوله الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملى والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف فى علم الاصول فبقى تمسك أبى حنيفة رحمه الله بالسنة وهى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المخابرة وهى المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال لهما أن يدفعا ذلك بحمل النبى صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط فى عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روى أنهم كانوا يشترطون فيه شيأ معلوما

الايضاح (قوله والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) أى فيما اذا كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض (قوله كما فصلنا) وهو قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض (قوله الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الناس بها) والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة فى المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها أو نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روى انهم كانوا يشترطون فيها اشياء معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما (قوله والثالث بيان المدة) وفى الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة بان يقول الى سنة أو سنتين أو ما أشبه ذلك وان بين وقتا لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة فصار ذكره ولا ذكره سواء وكذلك اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالبا لانه يصير فى معنى اشتراط العقد الى ما بعد الموت وعن محمد بن سلمة رحمه الله ان المزارعة من غير بيان المدة جائزة ويقع على سنة واحدة أى على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله (قوله لانه عقد على منافع الارض) أى اذا كان البذر من قبل العامل ومنافع العامل أى اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هى

اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ وقوله (الا أن الفتوى على قولهما) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالبا لانه يصير فى معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لانه) أى لان عقد المزارعة (عقد على منافع الارض) يعنى اذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعنى اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هى المعيار لها أى للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن وقوله (وهو) أى المعقود عليه (منافع الارض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الارض ففى الاول العامل مستأجر للارض وفى الثانى رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام

(قوله منقوض بمن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر فان الغاصب ملكه بالزرع كما سبق فى الغصب (قال المصنف والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا ترى الى ما سبق فى باب الربا أن النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وسيجىء أيضا فى فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لانه لا معتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لانه عقد على منافع الارض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر أو لكونها فى معنى أن مع الفعل

البذر) قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (والثالث ان يخلى رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله) لانه ينعقد شركة فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهى عندهما على أربعة أوجه

من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد أشار اليه صاحب الكافى حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة فى المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها أو نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روى أنهم كانوا يشترطون فيها شيأ معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما) أقول لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه فى عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدى كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيهما ما يقطع الشركة فى الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى. أقول فيه شىء وهو أن القياس كما يأبى جواز قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يأبى جوازها باجر موجود أيضا اذ قد تقرر فى كتاب الاجارة أن القياس يأبى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذى هو المنفعة غير موجود فى الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأبى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيهما ما يقطع الشركة فى الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسد العقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة فى الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة فى الانتهاء وان كان اجارة فى الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا فى انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفى المعنى المعتبر فى انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهى عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة فى الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه فى

المعيار لها أى للمنافع ليعلم بها أى العقد بالمدة أو المنافع على تأويل النفع بالمدة (قوله واعلاما للمعقود عليه) فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته تؤدى الى المنازعة بينهما (قوله والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله) يعنى ينبغى ان لا يشترط فيه مقدار معين لاحدهما اذ يجوز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر فلم تبق شركة على ذلك التقدير ومن شرطها بقاء الشركة (قوله وهى عندهما على أربعة أوجه) المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة لانها على ثلاثة أوجه ولا الفاسدة لانها كذلك على ثلاثة أوجه ولا مطلق المزارعة لانها على ستة أوجه واعلم ان مسائل المزارعة فى الجواز والفساد مبنية على أصل وهو ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانما تنعقد اجارة على منفعة الارض أو على منفعة العامل ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لان الشرع لم يرد به فاخذنا فيه بالقياس لان الاستئجار

وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) لانه اذا شرط فيهما ما يقطع الشركة فى الخارج يقع اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أى نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفى الاستحسان بيان ما يزرع فى الارض ليس بشرط فوض الرأى الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهى عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة باربعة أشياء الارض والبذر والعمل

(قال المصنف وهى عندهما على أربعة أوجه) أقول أى المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شىء على الحصر

والبقر لامحالة ثم اما أن يكون الجميع لاحدهما أولا لاسبيل الى الاول لان المزارعة شركة فى الانتهاء واذا لم يكن من أحد الجانبين شئ لم تتصور الشركة فتعين الثانى وهو اما أن يكون بينهما بالتنصيف أو باثبات الاكثر والاول على وجهين على ماهو المذكور فى المختصر أن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول فى الكتاب وأن تكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثانى أيضا على وجهين أحدهما أن تكون الارض لواحد والباقى لآخر وهو الوجه الثانى والآخر أن يكون العمل لاحدهما والباقى لآخر وهو الوجه الثالث وهى جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور فى الكتاب وساوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله انه جائز أيضا واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز فى الارض والعامل أيضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر أما فى الارض فأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجر الارض ببعض الخارج وأما فى العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الارض فكان حينئذ (٣٨٨)

ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط (وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه

الارض والعامل لورود الشرع به فيهما أما فى الارض فأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنه وتعامل الناس وأما فى العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به فى البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع فى غيرهما وهذا هو الاصل الذى تدور عليه مسائل المزارعة كذا فى الشروح وأشار اليه فى الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ماذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا

بعض الخارج لا يجوز قياسا وأما فى استئجار الارض أو استئجار العامل فقد ورد الشرع به فنقول به ولما كان كذلك كان ماوجد من صور عدم الجواز هو من قبيل استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج أو كان الشرط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه استئجار غير الارض وغير العامل ببعض الخارج وما وجد من صور الجواز متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض

مستأجر العامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقى غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط فى معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر فاذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق استئجار

الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال فى الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أى على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه

(قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى (قوله وهى جائزة الا الرابع) أقول أى الوجوه المذكورة جائزة الا الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز) أقول يعنى أن لا يجوز الاستئجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور اليه ذلك) أقول كما سيتضح وبقوله ذلك اشارة الى استئجار الاخرين (قوله والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض) أقول فيه بحث أما أولا فلانه مخالف للمشروح وأما ثانيا فلانه مخالف لما صرح به نفسه

والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا فى الجانب الآخر فكان فى كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل أن يقول استئجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بان النص فى المزارعة لما ورد على خلاف القياس على مامر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له فى الدليل وانما ذكره لانه لما أضاف منفعة الارض الى قوة فى طبعها توهم أن ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدورى رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقى عليه اشكال وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره فى القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله فى الوجهين وثم وجه آخر لم يذكره أى القدورى وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر (٣٨٩) والارض من آخر والبقر من آخر قال محمد

استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة (وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته أو طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهى باطلة) وهذا الذى ذكره ظاهر الرواية

يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز فى الوجه الاول ان يجعل العامل مستأجر الارض وأن يجعل رب الارض مستأجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله فى هذا الوجه وقد تقرر فيما مر فى الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف فى تعليل جواز المزارعة فى الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستأجر فى هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط (قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة) أقول فيه نظر اذ لا نسلم أنه استئجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استئجار الارض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر فى دليل أبى حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بان القياس يقتضى أن لا تجوز المزارعة مطلقا لكونها استئجارا

والعامل ببعض الخارج وفيه ورد الاثر هو الاصل الذى يدور عليه مسائل المزارعة (قوله كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرته) أى بابرة الخياط كان الاجر كله بازاء الخياطة دون الابرة فكذا هنا يكون الخارج بازاء العمل دون

رحمه الله فى كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعى عن واصل ابن أبى جميل عن مجاهد أنه وقع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل

مرارا أن المستأجر هو صاحب البذر (قال المصنف لانه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والارض وبين البذر والبقر لان الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والارض من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والارض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع فى أرض مباحة فهو معهود ولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معهودا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا ولعل الاولى أن يقال انما لم يقل كذلك لان المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتامل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان النص فى المزارعة لما ورد على خلاف القياس على مامر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فان أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقى عليه اشكال) أقول يعنى على الرواية الاولى (قوله وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه أجر حقه الخ) أقول لابد من التامل انه لم لا يحكم باجر مثل العامل مع أنه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذى يحرث بها على وزن الفعال بالتشديد

وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز أيضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه

بعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استئجار منفعة الارض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لانه استئجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال في العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين أن يكون رب الارض مستأجرا والعامل أجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة واذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الارض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستأجرا للآخر فالوجه في الجواب أن يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استئجارا للعامل لا لغيره أصلا فكان صحيحا قطعا وأما اذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن

البقر فلم يصر مستأجرا البقر ببعض الخارج فيصح (قوله لانه لو شرط البذر والبقر عليه) أي على رب الارض يجوز فكذا اذا شرط وحده أي اذا شرط البقر وحده (قوله كل ذلك بخلق الله تعالى) هذا الكلام في هذا المقام مستغنى عنه لكن فيه تنبيه على أنه من أهل السنة والجماعة حيث جعل منفعة البقر التي يقام بها العمل مخلوقة لله تعالى خلافا للمعتزلة وفيه أيضا اشارة الى ان عدم المجانسة ليس باعتبار ان أحدهما بخلق الله تعالى والآخر ليس كذلك على ما قاله البعض بل كل واحد منهما بخلق الله تعالى وعدم المجانسة لمعنى آخر (قوله بخلاف جانب العامل) لانه تجانست المنفعتان لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل (قوله ههنا وجهان آخران) أي فاسدان (قوله لانه لا يجوز عند الانفراد) أي انفراد البذر والبقر بان كان من أحدهما البقر لا غير أو البذر لا غير (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر) والوجهان ماذكرهما فاحدهما ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للآخر

قال

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا (وأن يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال (وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى

يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر أقول الظاهر أن الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والافثمة وجوه أخر لم يذكراها ولا أحد غيرهما وهي أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة فكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية تخروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلا والاولى ههنا أن يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يكون البقر لاحدهما والبواقي الثلاثة للآخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم أن يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجيه المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام أما أولا فلان كون معنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضا شيأ من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا أن يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر

وذكر في المبسوط بعد ما ذكر هذا فقال بقي اشكال وهو انه أوجب لصاحب الارض أجر مثل أرضه ولم يسلم صاحب الارض ههنا الارض الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه أجر مثله ولكنا نقول صارت منفعة أي منفعة العامل ومنفعة الارض كلها مسلمة الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان عمل العامل بامره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين (قوله الا على مدة معلومة لما بيناه) أراد به قوله في بيان شروط المزارعة والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ (قوله وصار كما اذا شرطا رفع الخراج) هذا اذا كان الخراج موظفا أما اذا كان خراج مقاسمة فهو جائز (قوله ما على الماذيانات والسواقي) الماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارسي معرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع ساقية وهي فوق

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة الخ) معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وكذا شيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت وقوله (وصار كما اذا شرطا رفع الخراج) والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج وقفزانا معلومة وأما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث أو الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب

وقوله (اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما انصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والتبع يقوم بشرط الاصل) يعنى لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه

نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعنى أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه كانا مصرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدى الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج فان أخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شئ للعامل لانه يستحقه شركة يعنى فى

(وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نماء بذره وفى حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرطا التبن للآخر فسدت) لانه شرط يؤدى الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) لانه

اللفظ لكن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هناك ما يقتضى كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه استوجب أجر مثل أرضه وأما ثانيا فلان قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه اذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين مؤخرا عن المبهم فى الذكر اللهم الا أن يقال كان العرف جاريا فى ذلك الزمان على اعتبار تساويهما فى الاجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر لكن الاظهر عندى أن يكون عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوى بعين الاجر الذى جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى يعنى جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرا مسماه ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل (قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن) أقول فى هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبنى عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى فى تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله فى تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها وكان صاحب الكافى تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذى ذكره صاحب الهداية ههنا وجمع المسئلتين فى تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة فى الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيا فلا شئ للعامل) أقول عبارة

الجدول ودون النهر (قوله والمفسد هو الشرط) أى المفسد هو الشرط الفاسد وهو الشرط الذى لا يلائم العقد وهو أن يشترط التبن لغير صاحب البذر وهنا سكتا عن ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسدا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان والعرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب والجواب عما قاله مشايخ بلخ ان الاصل فيها عدم الجواز لانها تثبت مع المنافى فبقدر ما وجد المجوز يعمل به وما لم يوجد فلا (قوله والتبع يقوم بشرط الاصل) أى يثبت بشرط الاصل وقد وجد شرائط صحة الشركة فى الاصل وهو الحب لانهما اشترطا فيه الشركة فتثبت الشركة فى التبن أيضا تبعا للحب كالامام اذا دخل المصر ونوى الاقامة يصير الجندى مقيما وان لم يكن فى موضع الاقامة وكذا المولى مع العبد (قوله وان شرطا التبن للآخر) أى لغير صاحب البذر فسدت لانه شرط

الانتهاء ولا شركة فى غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة يستحقه

(قال المصنف وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد المعين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن ظاهر التقرير يأباه وان كان ما يعمه واصاحب البذر ففساده ممنوع مطلقا فان التبن نماء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجئ فلا بد للتعليل الذى

اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كملا فلم لا يكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجيب بان الاجر ههنا هالك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الارض وأن لا تخرج فى وجوب أجر المثل للعامل لانه فى الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيأ فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف رحمه الله (وقد مر فى الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه

الله وفى هذا الذى ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر فى باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات فى مسئلة ما اذا استأجر حمار الحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذى ذكر فى الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ فى الاجارة الفاسدة كما هو قولهما الا فى الشركة فى الاحتطاب ثم ذكر ههنا وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ الى أن قال وقد مر فى الاجارات وذلك يدل على أن مذهبه فى جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ

يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل فى الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر فى الاجارات (وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذى ذكرناه (ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة

الكتاب ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استئجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استئجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم فى الثانية على خلاف الحكم فى الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل فى صورة استئجار الارض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدورى والمؤاخذة بقصورها فى افادة تمام المراد انما ترد على القدورى فالتعليل الذى ذكره المصنف بعد مدة طويلة

يؤدى الى قطع الشركة فربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن (قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره) فان قيل يشكل على هذا ما اذا استأجر رجلا بأجرة هى عين فعمل الاجير وهلكت الاجرة قبل التسليم على هذا يجب على المستأجر أجر المثل فينبغى أن يكون ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وانما قلنا ان الاجر المسمى ههنا بمنزلة الاجرة التى هى عين لانه لو أراد ان يعطيه الخارج من أرض أخرى لا يجوز وان كان ذلك مثل نصيبه فيما زرع قلنا انما يجب أجر المثل فيما اذا كانت الاجرة عينا هلك قبل التسليم أما اذا هلك بعد التسليم الى الآخر لا يجب وههنا هلك بعده لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض الفرع فيصير كالقابض للاجر من هذا الوجه

 وليس كذلك وأجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة فى الاحتطاب لان الاجر غير

ذكره على فساده وان كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد تفسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتمشى اذا ورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقر من المزارع فتأمل (قوله والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الخ) أقول وفى قول المصنف لان أجر المثل فى الذمة اشارة الى أن الاجر فى الصور المتقدمة ليس فى الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى (قوله ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا الخ) أقول فيه شئ وجوابه أن مفعول ذكره محذوف والتقدير ذكره (قوله فبمجموع هذا الذى ذكره فى الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ ثم ذكر فى الاجارات الفاسدة) أقول فيه شئ والظاهر أن قوله ثم ذكر سهو من قلم الناسخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج أولا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا فى الاجارة لجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تاويل بعض أصحابنا رحمهم الله لقول محمد رحمه الله فى الاصل لصاحب البقر والارض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به أن يجب أجر مثل الارض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون

فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان له مدخلا فى الاجارة وهى اجارة معنى (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لان النماء حصل فى أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك فى منافع الارض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وان امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب)

كيف يدفع عنه النقض السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه فى صورة استئجار الارض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين ليعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر كذا ههنا اه ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى فى صورة استئجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذى يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور فى حق هاتيك الصورة فتعين القصور تامل (قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء

والارض العين متى هلك بعد قبض الاجير لا يجب شئ آخر (قوله فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح) هو احتراز عن قول بعض أصحابنا فانهم قالوا معنى قول محمد رحمه الله فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر ان يغرم له أجر مثل الارض مكروبة فاما البقر لا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا اذ وجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تتقوم الا بالعقد الا ان عقد المزارعة من جنس الاجارة ومنافع البقر مما يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب أجر مثلها كما يجب أجر مثل الارض كذا فى المبسوط (قوله فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) أى قبل القاء البذر وأما بعد القائه فيجبر لان عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد القاء البذر (قوله لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) لانه التزم اقامة العمل وهو قادر على اقامة العمل كما التزمه

عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق بين خبث يمكن فى منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث يمكن فى عمل العامل فلم يوجب ذلك وفى كلام المصنف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعنى فهو يحتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فاورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر فى أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك قال (واذا عقدت المزارعة) فى هذا بيان صفة عقد المزارعة

بكونه لازما أو غيره وهو لازم فى حال دون حال أما بعد القاء البذر فى الارض فانه لازم من قيل
الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضى على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر فى الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذى لا وفاء به عنده الا ببيع الارض (فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الارض فقط (قوله ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث

بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (فى الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره فى الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقد مر الوجه فى الاجارات) وهو قوله لانه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة أو الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفى

قيل هذا فى الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره فى ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه فى الاجارات فلو كان دفعها فى ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما نبينه ان شاء الله تعالى

من الخارج وقد فات كذا فى عامة الشروح وقال بعد ذلك فى النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره اه أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر أن البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين أن يكون المستأجر هو رب الارض والمفروض فى مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما فى الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصد الزرع كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك فى العناية واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة اه أقول فيه بحث لان ما ذكر فى أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرح به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك أن مراده بالجواب فى قوله ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى أول اطلاق المسئلة ولا ريب أن دخوله فى جواب القياس لا يقتضى دخوله فى جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلاف المشايخ فيه كما صرح به فى الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ اه

بالعقد وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه فاما اذا امتنع صاحب البذر من العمل ففى الزام موجب العقد اياه ضرر فيما لم يتناوله العقد لان البذر ليس بمعقود عليه وفى القائه فى الارض اتلافه كذا فى المبسوط (قوله فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره) يعنى بان يعطى العامل أجر مثل عمله لانه انما استعمل باقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج فاذا أخذ الارض بعد ما أقام هذه الاعمال من كرب الارض وحفر الانهار كان هو غارا للعامل ملحقا الضرر به والغرور مدفوع فينبغى ان يطلب رضاه (قوله وقد مر الوجه فى الاجارات) وهو قوله لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة والاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (قوله تركت الارض فى يد المزارع حتى يستحصد) أى يبقى عقد المزارعة الى أن يستحصد ولا يثبت اجارة مبتدأة حتى لا يجب الاجر على المزارع (قوله لما نبينه) اشارة الى قوله لان المنافع انما تتقوم بالعقد الى آخره

الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه فى الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثته لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدى واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها فى ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان (فلما نبت الزرع فى السنة الاولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما سنذكر بعيد هذا

(قوله لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الارض فالقلع اتلاف لماله ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجانا بعد ما ظهر حقه (قوله اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تامل فان التعليل بمراعاة الحقين يشمله ايضا فكيف يدخل فى اطلاق أول المسئلة وسيجئ فى هذا الدرس من الشارح فى مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه

(واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أى ثقيل من فدحه الامر أى أثقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها جاز) الفسخ (كما فى الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال فى النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا (٣٩٦) للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا فى الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر لان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور فى صور ثلاث ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه أن لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع وفى التأخير ان كان اضرارا بالغرماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه فى الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما فى ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين قائم لان التبذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذر وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذر استنماء مال وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصى زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع فى الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل فى الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة

(واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز) كما فى الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض فى الدين حتى يستحصد الزرع) لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه بالدين) لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما)

(قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما فى الاجارة) قال فى النهاية ثم هل يحتاج فى فسخ المزارعة الى قضاء القاضى أو الى الرضا ذكر فى الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذوا برواية الاصل والجامع الصغير اهـ وقال فى العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك اهـ أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية فى الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا وكأن المصنف قد اختار هنالك صريحا رواية افتقار الفسخ الى أحدهما ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هنالك ثم قول القدورى فسخ القاضى اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى اهـ فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال فى النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور فى صور ثلاث ذكر فى الكتاب صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل أن يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض ذكر فى الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتابى يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين مال قائم لان التبذر استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له فى الحال وحصوله فى الثانى غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذر وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذر استنماء مال وليس باستهلاك ألا يرى أن الاب والوصى يملكان زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك مال الصبى واذا كان كذلك كان للمزارع فى الارض عين مال قائم انتهى وقال فى العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهى ما اذا فسخ بعدما زرع

(قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كما فى الاجارة (قوله وحكمه أن لا تباع) أقول اذا لم يبع لم يفسخ العقد

اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق فى منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهى مؤنة (٣٩٧) الحفظ والسقى وكرى الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان فى تبقية الزرع) دليل وجوب الاجر ووجه ذلك أنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان أبقيناه بلا أجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر فى الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك فى النفقة ولا اشتراك فى العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فأنفق أحدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستئذان من القاضى يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك تمكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة فى الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فى ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت فى طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه

معناه حتى يستحصد لان فى تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل فى المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد فى مدته والعقد يستدعى العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فان أنفق أحدهما بغير اذن صاحبه وأمر القاضى فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه فى حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه

العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين قائم لان التبذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذر وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذر استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصى زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع فى الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت فى الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت فى الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بدخولها فى الصورة الثانية دخولها فى نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر فى الصورة الثانية نبات الزرع وفى الصورة الثالثة عدم نباته فأنى يتصور دخول احداهما فى الاخرى وان أراد بذلك دخولها فى حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها فى حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الآخر والاوجه عندى أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها فى كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة فى الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب

(قوله معناه حتى يستحصد الزرع) أى معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما يريد أن النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع (قوله وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل) مسئلة الموت مخالفة لمسئلة انقضاء المدة فى الاحكام الثلاث وهى وجوب أجر الارض والاشتراك فى النفقة والاشتراك فى العمل حيث لم يجب أجر مثل نصيبه من الارض على العامل (قوله فان أنفق أحدهما بغير اذن صاحبه وأمر القاضى) أى فيما اذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره وبغير أمر من يلى عليه فان قيل هو مضطر فى هذا الانفاق لانه يحيى حق نفسه فلا يوصف بالتبرع قلنا هو غير مضطر فى هذا الانفاق لانه يمكنه الانفاق بأمر القاضى ولانه غير مجبر على الانفاق فكان تطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا

(قوله وان بقيناه بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا (قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى)

بخلاف المزارع فانه يردعن نفسه بالقلع مايجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لايفي بذلك وقوله (ولومات المزارع) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعدوجود المنهى الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لورجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجرة الحصاد والرفاع) قد تقدم معنى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر (٣٩٨) ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم

الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولومات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصد الزرع وأبى رب الارض فاهم ذلك) لانه لاضرر على رب الارض (ولا أجر لهم بما عملوا) لانا أبقينا العقد نظرا لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على مابيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لايجوز بالاتفاق لانه لاعرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لايجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو أرادا فصل القصيل أو جداد التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد

الارض أجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يردعن نفسه بالقلع مايجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن نصيبه من الزرع مالايفي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ان رب الارض أيضا ليس بمتعنت في طلب القلع بل هو يردعن نفسه بالقلع مايجب عليه من النفقة على تقدير الابقاء فربما يخاف أن نصيبه من الزرع مالايفي بنفقة حصته فليتأمل

اشتريت فانفق أحدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه كان متطوعا في ذلك (قوله لم يجبروا على العمل لما بينا) وهو قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظر الى آخره (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد (قوله والرفاع) وهو أن يرفع الزرع الى البيدر (قوله وهذا الحكم) أى كون أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل) وقال الفقيه أبو بكر رحمه الله كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط و يزيدون على هذا و يقولون يجوز بشرط التنقية والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارف فيما بين الناس كذا في الذخيرة (قوله لانه مال مشترك)

يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ماليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لايقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ماهو من أعمالها وغيره أن كل ماينبت وينمى ويزيد في الخارج فهو من أعمالها ومالا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شئ منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا هو الاصح في ديارنا والمصنف جعل الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أى المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لانه مال مشترك) سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار المجموع بعد القسمة بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية الادراك

ولي فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شئ فان قولنا لصاحبه اقلع الزرع الزام الضرر

(كتاب المساقاة) كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة (والمساقاة هي (٣٩٩) المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها

الادراك والله أعلم

(كتاب المساقاة)

(قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزأ من الثمر مشاعا) والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ماهو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا

اه

(كتاب المساقاة)

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة اليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها أمس فقدمت ولان تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فانه قال في أوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة

سماه بعد القسمة مشتركا باعتبار ما كان أو باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما كما يقال شركاء القرية وأملاكهم متميزة ومتعينة الا أنهم يسمون الشركاء باعتبار اتصال أملاكهم بعضا ببعض والله أعلم

(كتاب المساقاة)

هي مفاعلة من السقي وهي المعاملة في الاشجار ببعض الخارج منها قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر أي مشاعا باطلة وقالا جائزة وقال الشافعي ومالك رحمهما الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية والمعاملة انما تصح عنده اذا شرطت النفقات كلها على العامل لانه من تمام العمل (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) أى وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة وفي فتاوى قاضيخان وشرائطها منها بيان نصيب العامل فان بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانا كما قلنا في المزارعة ومنها الشركة في الخارج كما في المزارعة ومنها التخلية بين الاشجار والعامل ومنها بيان الوقت فان سكتا عن الوقت جاز استحسانا ويقع العقد على أول ثمرة تكون في تلك السنة فان لم يخرج في تلك السنة ثمرة تنتقض المعاملة (قوله وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر) أى اذا دفع اليه رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن مارزق الله تعالى في ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراطا المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها (قوله بخلاف الزرع) لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا

اللغوي هو مفهومها الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة والمزارعة لاتجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكرم في أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بان تزرع الارض أيضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقاها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن مارزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره

وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير (قوله وقال شمس الائمة هذا هو الاصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لان كونه أصح اما أن يكون رواية أو دراية ولا يصح شئ منهما لان الروايات والدلائل لاتتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم (قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة أقول فيه أيضا شئ وهو أن قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة وقالا جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكان كل من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يدفعه في الجملة حيث قال أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة

بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراطا المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها أو ينقطع نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا

ور بيعا فان من الناس من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع ومنهم من يزرع في الصيف واذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفا كان الانتهاء كذلك فكانت المدة مجهولة فلا يجوز (قوله ولم يبلغ الثمر) أي لم يبلغ الغرس الاثمار حيث لا يجوز الا ببيان المدة بان يذكر سنين معلومة لانه لا يدرى في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر فالاشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الارض بالقوة والضعف فان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا ذلك لا يجوز (قوله وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) أي حتى يذهب أصولها أو ينقطع نباتها أي

لانها

وقوله (لانها تنمو ما تركت في الارض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أنه يتأخر ويطيل المدة قال (وتجوز المساقاة في النخيل والشجر) هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خيبر وكان في النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خيبر خصهما لان أهلها يعملون في الاشجار والرطاب أيضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على أصله فان بابه عنده أوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف وأما نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح وقوله (لما قدمناه) وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ) والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بالقاء بذره في الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله

لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فان سميا في المعاملة وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خيبر لا يخصهما لان أهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان

جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الاقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لا يذهب على ذي فطانة (قوله لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة) قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما اهـ أقول فيه كلام أما أولا فلان كون قوله

حينئذ لا يجوز أما اذا دفع النخيل أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان للرطبة جذاذ معلوم وتقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة تخرج وفي الرطبة على أول جزة تجز وأما اذا لم يكن للرطبة جزاز معلوم فلا يجوز وسواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق أو لم يذكر شيأ وهو المراد من قوله أو أطلق في الرطبة لان في كل منها جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخيل فانه لو قيد بقوله دفعتكها معاملة الى أن تذهب أصولها فلا يجوز وان أطلق عن ذلك فهو جائز وتقع المعاملة على أول ثمر يخرج في تلك السنة وفي المبسوط في باب المعاملة ولو دفع اليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها على ان الخارج بينهما نصفان فهذا فاسد وكذلك النخل والشجر لانه ليس لذلك نهاية معلومة في العادة وجهالة المدة في المعاملات تفسد المعاملة وفي الايضاح والذخيرة ولو دفع الى رجل أصول رطبة ثابتة في الارض معاملة ولم يسم سنة ولا أكثر من ذلك فهذا على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد جائز وتقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة مما تزداد طولا بطول المدة فتى لم يكن وقت الجزاز معلوما كانت مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان لادراكه وقتا معلوما اذا بلغ ذلك لا تزداد بعد ذلك وان طال الزمان أما الرطبة بخلافها (قوله فالاصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله) فانه يقول بالتعليل ولا تشترط اقامة الدليل على أن هذا النص معلول في الحال فلا يستقيم منه دعوى قصر حكم المعاملة على النخيل والكرم باعتبار ورود الاثر فيهما (قوله بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بينا) أي اذا امتنع

(قوله ولم يذكر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائدا على شرط قيام دلالة التمييز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالقاء

استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ماقبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال (واذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لانه فى معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها فى معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره فى المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة) التى بيناها (وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا أن يكون وارثه فى الخيار (فان أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الارض) على ماوصفنا قال (واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والاول سواء وللعامل أن يقوم عليها الى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة فى هذا لان

لانها تنمو ماتركت فى الارض دليل الرطابة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا على المجموع لجريانه فى المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغى أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند امكان ذلك وأما ثانيا فلان ماذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرطا القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتام أما على النسخة الاولى التى معناها لانه لا نهاية لذلك أى لزمان ذهاب أصولهما فكان أى المدة بتاويل الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق تينك الصورتين أيضا ولا يتم عذر العدم ذكر دليلهما كما هو المقصود وأما على النسخة الثانية التى معناها لانه لا نهاية لذلك فكان معلوما أى كان دليل تينك الصورتين معلوما الظهور فساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلانه يرد عليه أن يقتضى أن لا يذكر دليل الرطبة أيضا لان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغى أن لا يذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل (قوله ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز وفى رجوعهم فى حصته فقط اشكال وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا

صاحب البذر لا يجبر عليه لان فى القاء البذر فى الارض اتلاف ملكه فله ان لا يرضى به وهنا لا يحتاج رب الكرم فى ابقاء العقد الى اتلاف شئ من ماله فيلزم العقد من الجانبين ولا ينفرد واحد منهما بفسخه الا بعذر كسائر الاجارات (قوله بين الخيارات الثلاثة التى بيناها) أى ان شاؤا جزوا البسر فقسموه على الشرط وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله بينهم وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بالنفقة فى حصة العامل من الثمر كما مر فى المزارعة (قوله وهذا خلافة فى حق مالى) وترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه فى الخيار جواب لان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل وفى المبسوط ولو ماتا جميعا كان الخيار فى القيام عليه أو فى تركه الى ورثة العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد كان له فى حياته هذا الخيار بعد موت رب الارض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالى مستحق عليه وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك (قوله لكن بغير اجر) أى على العامل فى معاملة نصيبه من الثمرة التى بقيت على الشجر بعد انقضاء المدة (قوله لان الشجر لا يجوز استئجاره) حتى لو اشترى ثمارا على الاشجار ثم استأجر الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه أجر (قوله بخلاف المزارعة فى هذا) أى فيما اذا انقضت مدة المزارعة (قوله لان

(ولم يرد به الشرع) لانها جوزت بالاثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه وأما فى القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا أنصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين والباقى واضح علم مما ذكر نظيره فى المزارعة وقوله (وهذا خلافة فى حق مالى) جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم فى شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا والاول) يعنى صورة الموت (سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استئجاره)

(قوله وقوله ولم يرد به الشرع لانها الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف ويرجعوا بذلك فى حصة العامل) أقول قال العلامة

الارض

وان أبى خير الآخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة فى هذا أى فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا المأخذ كره فى الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا فى الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أى فى الاجارة وكلام واضح وقوله (فيه روايتان) يعنى فى كون ترك العمل عذرا وروايتان فى احداهما لا يكون عذرا ويجبر على (٤٠٣) ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفى الاخرى عذر وتأويله أن يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا أما اذا دفع اليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا فى فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة) وهو الارض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثل عمله لانه فى معنى

الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفى المزارعة فى هذا عليهما لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا فى الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان فى الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه فى معنى

اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد فى المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون فى حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ماقاله ذلك البعض من المعنى خلاف ماصرحوا به فى هذا المقام فان عبارة الكافى للعلامة النسفى وعبارة شرح الكافى للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم فى حصة العامل من الثمر كما مر فى المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة فى ان مايرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فانى يتيسر الحمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال فى العناية يعنى فى كون ترك العمل عذرا وروايتان فى احداهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك وفى الاخرى عذر اه أقول فى تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ فى كون ترك العمل عذرا روايتان احداهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدى الى كون الشئ ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندى أن معنى قول المصنف فيه روايتان فى جواب هذه المسئلة وهى قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احداهما بالايجاب وهو أن يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه

الارض يجوز استئجارها) فان من اشترى زرعا فى أرض ثم استأجر الارض مدة معلومة منها جاز ووجب المسمى وان استأجرها الى وقت ادراك الزرع وجب أجر المثل فاذا ظهر هذا الفرق يبتنى عليه فرق آخر وهو ان العمل هنا عليهما بحسب ملكهما فى الزرع لان رب الارض لما استوجب الاجر على العامل لا يستوجب عليه العمل فى نصيبه بعد انتهاء المدة وهنا العمل على العامل فى الكل لانه لا يستوجب رب النخل عليه أجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة (قوله وتأويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) لانه تعذر عليه استيفاء المعقود

الزيلعى فى رجوعهم فى حصته فقط اشكال وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضى ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدى الى أنه العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد فى المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون فى حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة الخ يعنى بعض هذه المساقاة فانها تبقى استحسانا بخلاف ما اذا انقضت مدة العقد فى المزارعة على مامر لك أن تقول بقاؤها استحسانا كان نظرا للعامل فاذا التزم الضرر ينتقض العقد صرح به فى النهاية

قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما للقطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها شجرا أوجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل فى قيمة الغراس لانها أعيان متقومة

بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لانه متقوم بالعقد لا قيمة له فى نفسه (وفى تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله فى كفاية المنتهى) وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه فى معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعنى المذكور فى الهداية (أصحهما) لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فى أن الغراس آلة يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا فى الترك الاختيارى لان الترك الاضطرارى انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل فى قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختيارى لا غير فتامل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعنى لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر الغراس بل يكون تسليما للقطعة خشبة وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهى نابتة وجب رد قيمتها اهـ واقتفى أثره فى شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما للقطعة خشبة حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر اهـ أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه فى عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا محالة بل يكون تسليما للقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدى طائلا ههنا لان استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد (قوله وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى) يعنى وفى تخريج هذه المسألة طريق آخر أى دليل آخر سوى ما ذكرناه فى كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أى بينا ذلك الطريق الآخر فى كفاية المنتهى قال كثير من الشراح فى تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها الا لاعتبار معنى الاستئجار الذى هو فى معنى قفيز الطحان اهـ أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهى قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لا تصلح لان تكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفى الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا تتصور المناصفة فى الشجر

عليه (قوله وفى تخريجها طريق آخر) وهو أن يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهولة فلا يجوز (قوله وهذا أصحهما) ذكر فى مزارعة المبسوط بعد ذكر صورة المسئلة فجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ثم قال قد بينا فى المسئلة طريقين لمشايخنا رحمهم الله فى كتاب الاجارات أحدهما أنه اشترى منه نصف الغرس بنصف الارض والآخر أنه اشترى منه جميع الغرس بنصف الارض والاصح أنه استأجره ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذى يظهر بعمله وآلاته وذلك فى معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا فعلى هذا قوله فى الكتاب وفى

(قوله فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر (كتاب

ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بامر رب الارض فى أرضه صار كان رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه مستهلكا له بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول

... لانه كان ... كالغارس (قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول منظور فيه اذ لا يمكن أن يكون

(كتاب الذبائح) المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان الزراعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم أن العراقيين ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا ولكن الشرع أحله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه وأجيب بانه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلى ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم والذكاة الذبح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى

طريق تخريج مسئلة الكتاب لان الغراس فيها بينهما

(كتاب الذبائح) (قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغى أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فانه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول فى

(كتاب الذبائح)

(كتاب الذبائح)

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك اهـ أقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة أنه انما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف فى المساقاة والذى وقع فى ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة فى حكم شئ واحد بناء على اتحادهما فى أكثر الشرائط والاحكام كما تقرر فى مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة فى الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفى جهة التغاير بينهما فى الجملة ألا يرى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا فى الكافى والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال فى العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلى ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العينى بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسى والجواب المذكور فى العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الاول فلانه يحتاج الى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثانى فكذلك يحتاج الى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلا يجوز أنه لم يكن أكل شيأ من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان كون النبى صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على

تخريجها طريق آخر أى طريق الشراء وان كان فيه طريقان الا أن معنى الشراء يشملهما وطريق آخر طريق الاجارة وهو أصحهما وفى فتاوى قاضيخان رجل دفع الى رجل أرضا مدة معلومة على أن يغرس المدفوع اليه فيها أغراسا على أن ما يحصل من الاغراس والثمار يكون بينهما جاز والله أعلم بالصواب

(كتاب الذبائح)

كلاهما اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (قوله لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع فلا يمتنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذى وقوله يأكل أى يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذى كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

قوله (الذكاة شرط حل الذبيحة) الذبح شرط حل أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهي

منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلوناه وغير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلابد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعني أنها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهي) يعني الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهي الصدر (واللحيين واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن) قوله (والثاني كالبدل عن الاول) واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أي ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول أعمل في اخراج الدم والثاني أقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى

جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا الا مستدلا فلا محل لنظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به الى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهنا لم تقع الاشارة الى أحدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل الا يرى أنه عند اسناد القول الى القدوري ومحمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل وأراد به نفسه ان أراد به أنه ذكره في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا به الى نفسه فهو فرية بلا مرية فانه اذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا (قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها

هي جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكاة الذبح اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها وهي شرط لحل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله (قوله فانها تنبئ عنها) أي الذكاة تنبئ عن الطهارة قال عليه الصلاة والسلام ذكاة الارض يبسها أي طهارة الارض أي اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب كذا في الصحاح والمغرب (قوله أو دعوى كالكتابي) لانه يدعي التوحيد ثم انما تحل ذبيحة الكتابي فيما اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير أو اسم المسيح وأما اذا ذكر ذلك فلا تحل كما لا تحل ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فحال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم (قوله

(قوله والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافي كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكى ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبها بها لا يلائم مرام المقام اذ المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد) أقول فيه شيء فان النصارى

قال

وما أهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان أو حربيا حلال اذا أتى به مذبوحا وأما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج

الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس رضي الله عنهما طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعني يقدر على الذبح ويضبطه أي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم (وان كان) أي الذابح (صبيا أو مجنونا) قال في النهاية أي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية

قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي أيضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضا أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الا ما ذكيتم يتجه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي أن يضم اليه أيضا دليل آخر وأما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبقى الدليل

وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا) وهو قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو عام يتناول المسلم والكتابي وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به طعام يلحقه حكم الذكاة من جهتهم لانه خص أهل الكتاب بالذكر وفيما لا تلحقه الذكاة يستوي الكتابي والمجوسي كالسمك وغيره (قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية) قيل معناه أن يعلم حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة وفي نسخة والذبيحة أي شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه (قوله ويضبط) أي يقدر على فري الاوداج ويحسن القيام به (قوله

مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذي استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للمؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد اذ يكفي الظن في أمثاله مع أنه مشترك الخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتامل (قوله فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة يعني يقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علفتها تبنا وماء باردا

شرط بالنص وهى بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعنى قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل أراد به الآيتين المذكورتين وفيه نظر لان عادته فى مثله لما تلونا وقيل أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور فى الكتاب والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابى ينتظم كذا ظاهر وقوله (لان الشرط قيام الملة) فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن أن يجاب عنه بانه شرط فى معنى العلة وقوله (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) واضح قوله (بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب أما اذا تمجس

(قوله ويمكن أن يجاب بانه شرط فى معنى العلة) أقول ويجوز أن يجاب أيضا بانه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة فاذا لم يكن مانعا أيضا يحل

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابى ينتظم الكتابى والذمى والحربى والعربى والتغلبى لان الشرط قيام الملة على مامر قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولانه لا يدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال (والوثنى) لانه لا يعتقد الملة قال (والمحرم) يعنى من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح فى الحرم من الصيد) والاطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم

قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن الدليل الثانى اذا أفاد حل ذبيحة الكتابى أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة ثم ان المراد بالطعام فى قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخارى فى صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافى وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة اذ يستوى الكتابى وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفى عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفى عما سواه بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر فى كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمش على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضا اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشراح فى تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية ثم غاية البيان أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته فى مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بمذكور فى الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا فى الكتاب صراحة الا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك اه أقول فيه نظر لان قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف وتمييز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثنى والمجوسى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس باهل للذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون فى الاهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول ههنا احتمال آخر أقرب مما ذكروا وهو أن يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة فانه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الاقلف والمختون

فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله) حتى لو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسيا فى الاصل وان تهود مجوسى أو تنصر يؤكل صيده وذبيحته كما لو كان عليه فى الاصل لانه يقر على ما اعتقد عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اجباره على العود الى دعوى الاثنين فاذا كان مقرا على

قال

فلا تؤكل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعى رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل استدل الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة فى باب الصلاة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسى الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما فى الناسى والجواب عن الحديث ما ذكره فى الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدى بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تفضى الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على الناسى هيئة مذكرة كالاكل فى الصلاة والجماع فى الاحرام وههنا

ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهى ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ولمانع أن يمنع بطلان التالى أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره فى الكتاب يعنى أن اقامة الملة مقام التسمية فى حق الناسى وهو معذور لا يدل فى حق العامد ولا عذر له وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب اليه الشافعى رحمه الله مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهى بابلغ وجوهه وتأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل وهو أقرب لامحالة من مذهب الشافعى رحمه الله لانه مذهب ابن

قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعى أكل فى الوجهين وقال مالك لا يؤكل فى الوجهين والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرمى وهذا القول من الشافعى مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة فى باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما فى الناسى

لا يتفاوتان فى ذلك فكانا سواء فى حكم حل ذبيحتهما بتد برتفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعى تؤكل فى الوجهين وقال مالك لا تؤكل فى الوجهين) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا أو ناسيا قال الشافعى بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل اه أقول كانه حسب أنه أتى فى شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لاقسام المسئلة كلها لكنه أخل بحق المقام فى تحريره هذا أما أولا فلان قوله عند الذبح ينافى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطراريا اذ الائمة صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما تشترط فى الذكاة الاختيارية وأما فى الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الارسال والرمى لا غير وسيجئ ذلك فى الكتاب أيضا وأما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرمى ينافى تعميم الذبح فى مسئلتنا هذه للاختيارى والاضطرارى اذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى الى آخره يقتضى عدم دخول المقيس فى جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم) أقول فيه أن دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابى فى ترك التسمية

ما اعتقده التحق بما كان عليه فى الاصل (قوله لان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة فى باب الصلاة) لانها لو كانت التسمية من شرائط الحل كان مأمورا بها وفى المأمور لا فرق بين

عمر رضى الله عنهما والجواب أنه غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف فى الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان وفى ذلك أيضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض وانما قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم) أقول ظاهره اقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعا للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول ولئلا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) أقول ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتج بظاهر ما ذكرناه والآية الكريمة فيخالف ما أسلفه فى الدرس السابق أن عادته فى مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعنى القرن الثالث والاذهب خطاء أنه لا يجوز أكل شئ ما بدون ذكر اسم الله عليه أو المراد أكثر السلف وفيه

يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله (ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد)

وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا العذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير (والاجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله عليه وسلم حين ساله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة

ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره

سواء كان مرآ نفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم) قال في العناية توجيه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا العذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر اسم الله عليه حال الارسال والرمي مجمع عليه بلا ريب وأما ثانيا فلان قوله الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا العذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه عامدا كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل تقف (قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه)

النسيان والعمد في العمل كقطع الحلقوم والاوداج والتكبير والقراءة في الصلاة وانما يقع الفرق في المزجور كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقادا فاما موجب الامر الائتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤتمرا (قوله والسنة وهو حديث عدي) وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فعلل الحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه (قوله والسمع غير مجرى على ظاهره) هذا جواب عن قول مالك رحمه الله حيث يحتج بظاهر قوله ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولان ذبيحة الناسي مختلفة في الصدر الاول ولم يجز الاحتجاج بينهم بظاهر النص ولو أريد به ظاهره لجرت المحاجة بينهم وظهر الانقياد من المخالفين فارتفع الخلاف بينهم فان قيل الناسي مخصوص من النص فخص العامد بالقياس قلنا الناسي ليس بمخصوص منه لانه ذاكر تقديرا لقيام الملة مقام الذكر فان قيل فليقم الملة مقام الذكر في حق العامد أيضا قلنا اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذور مستحق للنظر والتخفيف لا يدل على اقامتها مقامها في حق العامد وهو غير معذور ولان الناسي لا يخلو من أن يكون مرادا منه أو لم يكن فان كان مرادا لا يكون مخصوصا وحينئذ يلزم ارادة العامد بالطريق الاولى وان لم يكن مرادا يلزم ارادة العامد صونا للنص عن التعطيل فان قيل النص مجمل فانه لا يدرى أنه أريد به حال الذبح أو حال الطبخ أو حال الاكل والاحتجاج بالمجمل لا يصح قلنا أجمع السلف

مذفيه (قوله وهو النسيان فانه من الشرع) أقول الضمير في قوله فانه راجع الى النسيان

قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) اشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لابي يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ههنا الذكر

قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد انه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم)

اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد باحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تاكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادته في مثله ان يقول ما تلونا فالمعنى المخالفة لها ههنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي أن يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته أن يقول لما تلونا فيما اذا أراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا أراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما ههنا أتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى

على ان المراد به حال الذبح لا سائر الاحوال فلا يكون مجملا (قوله والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر) جواب عن قول الشافعي رحمه الله (قوله وما رواه) أي الشافعي رحمه الله وهو قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم (قوله وهذه ثلاث مسائل) احداهما أن تكون موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله ان قال بالرفع يحل وان قال بالخفض لا يحل هكذا ذكر في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو وقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله انه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا تحرم الذبيحة كذا في الذخيرة وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ذكر اسم الله واسم الرسول موصولا بغير واو فهذا على أوجه اما ان ينصب محمدا أو يخفضه أو يرفعه وفي كلها يحل لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمى آخر مع اسم الله تعالى

قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أى قائمات صففن ايديهن وأرجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا (ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل فى أصح الروايتين) والفرق لابى حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز أن يصلى الجمعة بذلك القدر فى احدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة وفى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس فى رواية القدورى وذلك لان فى رواية القدورى الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على مايدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضى جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفنى رحمه الله فى حل ما بقى عقدة الحلقوم مما يلى الصدر ورواية المبسوط أيضا تساعده ولكن صرح فى ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك فى فتاوى أهل سمرقند لانه ذبح فى غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة الخ) العروق التى تقطع فى الذكاة أربعة الحلقوم والمرىء والودجان واختلف العلماء رحمهم الله فى اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعى رحمه الله الى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل فى أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة أربعة الحلقوم والمرىء والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت وهى اسم جمع وأقله

(قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال تاج الشريعة الفرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا ولو رود الامر بفريه أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عمم الفرى والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفرى حيث قال عن أبى عبيد والفرق بين الافراء والفرى أنه قطع للافساد وشق كما يفرى الذابح والسبع والفرى قطع للاصلاح كما يفرى الخراز الاديم انتهى فعلى هذا لا يتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا أليق اذ لا شك أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفرى كان فتح الهمزة هنا هو الاليق والانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضا الا أنه لم يسمع به فى الحديث انتهى فعلى هذا الاجمال لكسر الهمزة فى الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعد فى أثناء تعليل قول محمد ولو رود الامر بفريه فلعله جرى منه على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر فى المغرب ولا ينافيه عدم السماع به فى الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفرى والافراء مطلقا كما ذكره فى القاموس هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله وهى اسم جمع وأقله

(قوله منقول عن ابن عباس رضى الله عنه) أى فى قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر فى ذبائح الذخيرة قال البقالى والمستحب أن يقول بسم الله الله أكبر بدون الواو فان قال مع الواو يكره لانه يقطع فور التسمية (قوله وفى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وانما أعاد لفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ان محل الذبح الحلق وليس ذلك فى قوله الذبح بين الحلق واللبة وهو رواية المبسوط فاطلاق هذه الرواية يقتضى ان يحل المذبوح وان وقع الذبح أعلى من الحلقوم لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح فى ذبائح الذخيرة بان الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه لا يحل وفى فتاوى أهل سمرقند قصاب ذبح الشاة فى ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها لانه ذبح فى غير المذبح وهو الحلقوم فظهر ان رواية الجامع الصغير مقيدة لرواية المبسوط ومخالفة لما ذكر فى فوائد الامام الرستغفنى رحمه الله سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلى الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلى الرأس أيؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو مما يلى الصدر لان المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج وقد وجد (قوله أفر الاوداج) الفرى القطع للاصلاح والافراء الافساد فكسر الهمزة ههنا أليق (قوله وهى اسم جمع وأقله

أقول اذ يجوز أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحمل أمرهم على الصلاح لا المجرور والحرمة لا تثبت بالشك (قوله لان فى رواية القدورى الذبح بين الحلق الخ) أقول اذ يكون المراد بالحلق فى كلام القدورى مبدأه

وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول أبى حنيفة رحمهما الله كما ذكره وذكر القدورى انه قول محمد أيضا وقال المصنف المشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول أبى يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبى حنيفة وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهى ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والفرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعد هذا ولو رود الامر بفريه احتج الشافعى رحمه الله بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ بما يقتضيه فان الاوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المرىء والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه سيجىء واحتج أبو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر اذ كل منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فان المرىء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع فى بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجىء واحتج محمد رحمه الله بان كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الامور الاربعة وهو أقرب كما ترى واحتج أبو حنيفة رحمه الله بان الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام وأى ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية أى التعجيل فى اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس

الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع أكثرها فكذلك عند أبى حنيفة) وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين قال رضى الله عنه هكذا ذكر القدورى الاختلاف فى مختصره والمشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبى يوسف وحده وقال فى الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الاوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل أن عند أبى حنيفة اذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل فرد منها ولابى يوسف أن المقصود من قطع الودجين انهار

الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء) قال فى العناية احتج الشافعى بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما أقول يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمرىء اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى وقد أفصح عنه المصنف فى تقرير دليل أبى حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام مع أن الشافعى لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معا وقال فى العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكره فى وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر فى الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمرىء بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفى دلالتها عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان ما سيجىء من كلام المصنف فى تعليل قول أبى

الثلاث فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يصير للجنس ويلغو فيه معنى الجمع كقوله تعالى لا يحل لك النساء قلنا انما يصار الى الجنس اذا لم يكن ثم معهود وههنا العروق التى يرد عليها الذبح معهودة معلومة فلا يصار الى الجنس ولا تلغو صيغة الجمع ولان المقصود ازالة الروح وتسييل الدماء السيالة على سبيل التوحية اذ فى الابطاء زيادة تعذيب هى منهى عنها وهذا المقصود انما يحصل بقطع هذه العروق لا الفرد منها (قوله فيتناول الودجين والمرىء) أى بطريق التغليب (قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم)

(قال المصنف فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) أقول فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حمل الاوداج على

أو الطعام وبهذا يحصل جواب أبي يوسف وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيأ وورعا أوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ) الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائز مكروه وأكل الذبيح بها لا بأس به وقال الشافعي رحمه الله هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز أكله فيتناول الحرمة بالمنزوع والقائم ولان الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا أنا تركناه في غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام فانهما مدى الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع

للدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فانه مجرى العلف والماء والمرىء مجرى النفس فلابد من قطعهما ولابي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأى ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكأنه لم يقطع شيأ احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون

حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الذكاة أولى عند أبي حنيفة أيضا بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بان قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضا فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك اه أقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراده حقيقة لان اطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أى فيما يكون ما تحته من أفراده حقيقة

فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وانما قال ان النص يتناول المرىء من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء لان قطع مجرى النفس أبلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف وقد فسر المصنف المرىء بمجرى النفس (قوله بخلاف ما اذا قطع النصف) لان الاكثر باق فكأنه لم يقطع شيأ احتياطا لجانب الحرمة يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الاكثر ويحتمل ان يريد ان الاكثر من الثلاث القائم مقام الاربع باق فانه اذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي أكثر ما شرط قطعه للحل وهو الثلاث فان قيل المقطوع أيضا أكثر ما شرط قطعه للحل قلنا اعتبار الاكثر في المتروك أولى من اعتبار الاكثر في المقطوع ترجيحا للمحرم ويمكن ان يقال المراد الاكثر من الواحد باق فيحرم لان المرخص ترك الواحد لا غير (قوله

الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أى بقطعها على حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أى التعجيل بالحاء المهملة (قال المصنف لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله ويحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو (قوله وليس ثمة معهود) أقول قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس افراده أى باكله

باكله باس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شئ أنهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لانه وجد فيه نصا ومالم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام انه نهى

فصار حاصله نفي جواز الحل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور أصلا (قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فان القرن أيضا داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه (قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون باكله باس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق

كل ما أنهر الدم قيل الذي ينهر الدم ويفري الاوداج لا يكون ماكولا وروى عن الشيخ الاسبيجابي رحمه الله انه سئل رسول الله عليه الصلاة والسلام عن آلة الذبح فقال كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج والفقهاء تركوا مقدمة الحديث هكذا ذكر هذا الحديث في غرائب الحديث أبو عبيد رضي الله عنه (قوله ان تميتها موتات) ذكر في المبسوط في هذه المسئلة انها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر أبهمت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحتفها وفسادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج اليه * النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سها انما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا ومنه بخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالنخع أبلغ من البخع (قوله على ما مر) أى في أول باب الذبائح وهو قوله والثاني كالبدل من الاول (قوله لما بينا) وهو قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وهذا الذي ذكره فيما اذا علم أن المتردي مات من عقره وجرحه وفي الذخيرة بعير تردى في بئر فوجأه وجاءة يعلم أنه لا يموت منها فمات لا يؤكل وان كان مشكلا أكل وفي النوادر دجاجة رجل تعلقت بشجرة لا يصل اليها صاحبها فرماها قال ان كان يخاف فوتها تؤكل وان كان لا يخاف فوتها لا تؤكل وفي النوازل بقرة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضا وان كان يقدر لا يحل (قوله

وقوله (ولانه آلة جارحة) جواب عن دليله المعقول وتقريره أما لا نسلم أن انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه أى كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسره المصنف بانه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب

ليس من أفراد مفرده وقوله حقيقة أى ليس من أفراده حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

أن تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ماذكرناه وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال (والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل قال (ومن نحر ناقة أو ذبح

فقدسها انما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا ومنه بخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالبخع أبلغ من النخع اه وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكر ههنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بانه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار وما ثمة شئ يسمى بالخيط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الرد المذكور مردود لان ما ذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا أوليا كالعضل أو ثانيا كالعين أو ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على ما بين كله في كتب الطب فان أراد بقوله وما ثمة شئ يسمى بالخيط أنه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شئ يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدي شيأ اذ لم يقل أحد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئ من تلك الاعضاء بالخيط أن لا يكون النخاع خيطا وان أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئ يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

في الوجهين) أي فيما توحش من النعم وفيما تردى في بئر (قوله وفي الكتاب) أطلق فيما توحش من النعم أي في القدوري (قوله والمستحب في الابل النحر) وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق

رد بان بدن الحيوان
مركب من عظام وأعصاب
عروق هي شرايين وأوتار
وما ثمة شئ يسمى بالخيط أصلا
ذكر المصنف رحمه الله
الاصل الجامع في افادة معنى
الكراهة وهو كل ما فيه
زيادة ألم لا يحتاج اليه في
الذكاة قال (وما استأنس
من الصيد) قدمر أن الذبح
الاضطراري بدل عن
الاختياري فلا مصير الى
الاول قبل العجز عن الثاني
هذا مخرج ما ذكر في
الكتاب (وقوله لما بينا)
اشارة الى قوله لان ذكاة
الاضطرار انما يصار اليه
عند العجز (وقال مالك رحمه
الله لا يحل الاكل بذكاة
الاضطرار في الوجهين)
يعني ما توحش وما تردى
لان ذلك نادر والنادر لا حكم
له قلنا لا نسلم الندرة ولئن
كانت فالمعتبر حقيقة العجز
وقد تحقق (وقوله وفي
الكتاب) يريد به القدوري
وكلامه واضح والنحر قطع
العروق عند الصدر والذبح
قطعها تحت اللحيين
والمستحب في الابل الاول
وفي غيره الثاني والعكس
يجوز ويكره لما ذكر في
الكتاب (وقوله لمعنى في
غيره) أي في غير الذبح وهو
ترك السنة

قوله ورد بان بدن الحيوان
مركب الى قوله وما ثم شئ
يسمى بالخيط أصلا) أقول
في القاموس النخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب

بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزأ منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجوازه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كي لا ينفصل من الحرة ولد رقيق

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل) قال (ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور) لان النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل) لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشئ تقدم عليه في الذكر (قوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب أو

في أعلى العنق تحت اللحيين (قوله ذكاة الجنين ذكاة أمه) أي ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصي بيع اليتيم وانما يؤكل الجنين بذكاة الام عندهما اذا تم خلقه وان لم يتم خلقه لا يؤكل وفي النوازل رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان تقارب الولادة يكره ذبحها لان فيه تضييع ما في بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما يتأتى على قول أبي حنيفة رحمه الله وفيه أيضا الجنين اذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يؤكل وهذا التفريع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روى أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه سأل رسول الله عليه الصلاة والسلام وقال أنا ننحر الجزور ويخرج من بطنها جنين ميت أفنلقيه أم نأكله فقال عليه الصلاة والسلام كلوه فان ذكاة الجنين ذكاة أمه واذا كان مذكى يحل بالاجماع أو بقوله تعالى الا ما ذكيتم ومن الدليل الواضح لهما انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف الحيوان لا لاكله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولابي حنيفة رحمه الله انه أصل في الحياة حتى يتصور بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة والمراد من الحديث التشبيه لا النيابة أي ذكاة الجنين كذكاة أمه وما ذكر من القصة ان أبا سعيد الخدري رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أي مشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون ومعنى قوله كلوه أي اذبحوه وكلوه وأما قولهم انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا قلنا اباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حيا فيذبح أو لان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما ليس بمأكول لمقصود الجلد (قوله وانما يدخل في بيع الام تحريا بالجوازه) يعني الولد انما يدخل في بيع الام كيلا يفسد بيع الام فانه لو لم يدخل في بيع الام كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الام وانه مفسد بيع الام فيدخل الولد في بيع الام تحريا لجواز بيع الام (قوله ويعتق باعتاقها) يعني أن عتقه عند اعتاق الام بطريق السراية مخصوصة بالصفات الشرعية وكونه مذكى من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكاة الاختيار ما هو خلف عنه وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها في افادته وهو الجرح المدمى ولهذا لو أصاب السهم الظلف أو القرن فمات لا يحل لعدم الجرح وأما قولهم انه يتغذى بغذاء الام قلنا لا نسلم بل يبقيه الله تعالى في بطن الام عن غير غذاء أو يوصل الله تعالى الغذاء اليه كيف شاء والله أعلم بالصواب *(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)*

(وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذي استدلا به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال أنه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه أقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق *(فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل)* ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشئ تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع ليبنى على ذلك

ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أوناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كى لا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعى رحمه الله فى اباحتهما والفيل ذوناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يا كلان الجيف

ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهرزاده فى شرح المبسوط ثم قال ولنا فى هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية فيمتنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتام لان كونه أقرب انما يقتضى أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين لاالى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ماذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يابى أن يكون البيان المذكور فى ذيل النوع الثانى وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر أن يكون كل من البيانين قيد المقترن به من أحد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعى على ماهو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغى للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أومنتهب الى آخر ماذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب فى كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يا كلان الجيف) الرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر فى الخلقة يقال له الانوق كذا فى

(قوله الناب) من الاسنان مما يلى الرباعيات والمخلب للطير كالظفر للانسان (قوله لا كل ماله مخلب أو ناب) فالحمامة لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك وقالوا المراد بالناب والمخلب ماهو سلاح منهما بان يصيدبهما فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والاهلى وذو المخلب من الطير الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين والمؤثر فى الحرمة الايذاء فهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب أو الخبث وهو قد يكون خلقة كما فى الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما فى الجلالة (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح عاد عادة) وانما عدهذه الاوصاف ليبتنى عليها قوله كيلا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاب هو ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور وفى المبسوط المراد بذى الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب ومن ذى النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب فلما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين فسر السبع بهذين الوصفين (قوله كيلا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل) لما أن للغذاء من الاثر فى ذلك قال عليه الصلاة والسلام لا يرضع لكم الحمقاء فان اللبن يغذى والخبيث حرام بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعى رحمه الله فى اباحتهما وما تمسك به الشافعى رحمه الله من حديث جابر رضى الله عنه انه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل أيؤكل لحمه قال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال نعم فتأويله ان صح انه كان فى الابتداء ثم انتسخ بنزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما روى من الحل يحمل على انه كان قبل ثبوت الحرمة كذا فى المبسوط (قوله وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يا كلان الجيف) الرخم جمع

قوله (كى لا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال فى المبسوط فالمراد بذى الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب ومن ذى النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعى فى اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضى الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان فى الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم

(قوله أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما فى كل سبع

قال

الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر أبلق يشبه النسر فى الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وأما الغراب الاسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذى سماه المصنف الابقع الذى يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره فى الكتاب وهو غير مكروه عند أبى حنيفة مكروه عند أبى يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيظ لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند أبى حنيفة وهو الاصح لان النبى صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهى مما يخلط وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعنى أنه (٤١٩) ذوناب (وقوله وهى حجة على الشافعى)

قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذى يأكل الجيف وكذا الغداف وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق) لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن أبى يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا وأما الضب فلان النبى عليه السلام نهى عائشة رضى الله عنها حين سألته عن أكله وهى حجة على الشافعى فى اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شئ وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز أكل الحمر الاهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن على

الصحاح والبغاث طائر أبغث الى الغبرة دون الرخمة بطئ الطيران كذا فى الصحاح أيضا معزيا الى ابن السكيت وقال فى القاموس البغاث مثلثة الاول طائر أغبر انتهى قال جمهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما فى الكتاب أما أولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به فى أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان وأما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور فى الكتاب ما فسروه به لزم أن لا يتم قول المصنف لانهما يأكلان الجيف نعم وقع فى بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال فى ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال فى المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال فى الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسيرا لما فى الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما فى الكتاب ما قدمناه مما ذكر فى الصحاح أولا معزيا الى ابن السكيت وما ذكره فى القاموس أيضا تبصر ترشد (قوله وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) قال صاحب معراج الدراية أى لان الضب من الحشرات فاذا رتب

رخمة وهى طائر أبلق يشبه النسر فى الخلقة يقال له الانوق والبغاث ما يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها الواحدة بغاثة وفى أوله الحركات الثلاث (قوله ولا بأس بغراب الزرع) وفى الذخيرة وأما الغراب الابقع والاسود فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وانه لا يكره ونوع منه لا يأكل الا الجيف وانه مكروه ونوع منه يختلط الحب بالجيف يأكل الحب مرة والجيف أخرى وانه غير مكروه عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف رحمه الله يكره الغداف وهو غراب القيظ ويكون ضخما وافر الجناحين والفاختة تؤكل وكذا الدبسى بضم الدال وأما الخفاش فقد ذكر فى بعض المواضع انه يؤكل وذكر فى بعضها انه لا يؤكل (قوله وأما الضب لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عائشة رضى الله عنها حين سألته عن أكله) وروى عن

يعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم وأنه لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومى فاجد نفسى تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الآكلين أبو بكر رضى الله عنه أجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على أن المبيح مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحمر الاهلية لما ذكر فى الكتاب وذهب بشر المريسى الى اباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبثا بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الآية وبحديث غالب بن أبجر قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالى الا حميرات فقال

عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدلالا بحل أكل الوحشى وهو ضعيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل

(قوله والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره فى الكتاب) أقول قال الزيلعى فى شرح الكنز ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقعق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره فى الكتاب (قال المصنف وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) أقول قال العلامة الكاكى أى لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل الافراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفتح خيبر كان بعد الهجرة

على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلانه مؤول بأكل ثمنها وأما الاستدلال فلان من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال (و يكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلام مواضع وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم

رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال (و يكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان

الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفراده انتهى واقتفى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضا لا من قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضا كما توهمه ذانك الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه انما تكره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في اثبات كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه

عائشة رضي الله عنها أهدى اليها ضب فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن أكله فنهاها عنه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه فقال عليه الصلاة والسلام أتطعمين مالا تأكلين وبهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته وما تمسك به الشافعي رحمه الله من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الضب فقال لم يكن من طعامي قومي فاجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على مائدة النبي عليه الصلاة والسلام وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه ورسول الله عليه الصلاة والسلام كان ينظر اليه ويضحك قلنا كان ذلك قبل ثبوت الحرمة ونهي النبي عليه الصلاة والسلام عائشة رضي الله عنها عن التصدق بالضب دليل على ان امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم من أكله كان لحرمته لا لانه كان يعافه اذ لو لم يكن كذلك لامرها بالتصدق كما أمر به في شاة الانصار بقوله أطعموها الاسارى ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان لان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر ولا يجوز أكل الحمر الاهلية وكان بشر المريسي يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وحجتهما ماروى عن عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فقالت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الآية وفي الحديث الحر بن غالب رضي الله عنه انه سال النبي صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق من مالي الاحميرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واعتبراه بالحمار الوحشي وكل حيوان وحشيه مأكول فاهليه مأكول كالابل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولنا نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن أكل الحمر الاهلية وأمره بالقاء القدور يوم خيبر والقدور تغلي بلحوم الحمر الاهلية ولم يكن ذلك بعلة الطهر لانه أمر بالقاء القدور وبعدما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لانها بهيمة لم تخمس فان ما كان مأكولا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف والمحرم والمبيح اذا وردا فالمحرم أولى وما استدلت به

من أعلى منافعها الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبا أن لا يقصد منه غيره أصلا ويدل عليه أن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الاهلية حرمت عام خيبر انتهى قال الكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أما قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء في الجملة فمسلم لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهما من الغنيمة كالآدمي فحينئذ ترك الامتنان في الخيل بالاكل لا يدل على حرمته كترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا وجه الامتنان والاكل لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع الى العباد ومنفعة الاكل بالاضافة الى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على أنا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الاشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء به دون الركوب وأما قوله غيره يسد مسده في تعلق البقاء قلنا ذلك

والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال (ولا بأس بأكل الارنب) لان النبي عليه السلام أكل منه حين أهدى اليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فاشبه الظبي قال (واذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير) فان الذكاة لا تعمل فيهما أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلابد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل

(قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح لانه روى أن أبا يوسف سال أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى أقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه

عائشة رضي الله عنها من الآية لا حجة لها فيه لانها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار وكان ذلك دليل الخصوص في هذا العام ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه يقال فلان أكل عقاره واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة الصورية لا تكون دليل الحل مع ان المفارقة بينهما قد صحت بالآثار لانه صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي فانه روى ان اعرابيا أهدى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام حمارا وحشيا عقيرا أو رجل حمارا وحشيا فامر أبا بكر رضي الله عنه أن يقسمه بين الرفاق وقد ذكرنا نهيه عن تناول الحمار الاهلي علم بهذا أنه لا اعتبار للمشابهة الصورية شرعا (قوله والاكل من أعلى منافعها) والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم لانه سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه أعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنه فان قيل انما لم يذكر لانه يفهم الاعلى بذكر الادنى بالطريق الاولى قلنا ذلك انما يصح اذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن بصدده من قبيل بيان النهاية ألا ترى الى قوله تعالى فيما سبق والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير لتركبوها فلو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شئ آخر من المنافع فلما قال لتركبوها ثبت أن الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف ولان البغل حرام وان ولدته رمكة ولو حلت الرمكة لحل ولدها كولد الشاة حبلت من ذئب وولد الاتان البرية من الحمار ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وحكى عن عبد الرحيم الكرمني أنه قال كنت مترددا في هذه المسئلة فرأيت أبا حنيفة رحمه الله في المنام يقول لي كراهة تحريم يا عبد الرحيم واليه مال صاحب الحصر والهداية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله الكراهة في سؤره كما في لبنه وقيل لا بأس بلبنه لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد (قوله لانه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا) أي بطريق الاصالة (قوله وفعل المجوسي أماتة في الشرع) لانه ليس على الوجه المشروع واختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد

ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحل عليه فينبغي أن لا يحل الحل عليه وهو فاسد فان الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب الى مادونه دليل حرمة الاعلى والحل ليس كذلك وقوله (والاول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لانه روى أن أبا يوسف سال أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروى عنه فانه روى عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح الى

لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحل فقد ذكرها دلالة لانه متى ثبت كونه ركوبا منتفعا به في ذاته ثبت أنه مال متقوم ومحل للبيع وفيه كلام لا يخفى

لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به فى غير الا كل قيل لا يجوز اعتبارا بالا كل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به فى غير الا كل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم باطلاق جميع ما فى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى أنه أطلق ذلك كله والخلاف فى الا كل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم فى هذه الاشياء اذ الدموى لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافى منه) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال (ولا باس باكل الجريث والمارماهى وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما فى سائره والحجة عليه ما رويناه وسئل على رضى الله عنه عن

وليس كذلك بل المروى عنه فيها لفظان أحدهما لا يعجبنى أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور ومبنى اختلاف المشايخ فى قول أبى حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فانه روى عنه رخص بعض العلماء فى لحم الخيل فاما أنا فلا يعجبنى أكله وهذا يلوح الى التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبى يوسف اه تامل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل) أقول الظاهر أن ضمير لهم راجع الى جميع من خالفنا فى هذه المسئلة على التفصيل المذكور اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذلك أيضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتامل (قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث) أقول لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعى بدون المصير الى اطلاق

الذبح أو الذبح مع التسمية قال بعضهم مجرد الذبح وقال بعضهم بل الذبح مع التسمية لان المطهر هو الذكاة وهى عبارة عن الذبح مع التسمية (قوله من غير فصل) أى بين صيد وصيد وقوله والحل ميتته من غير فصل بين ميتة وميتة (قوله وما سوى السمك خبيث) أى يستخبثه الطبع (قوله فيما روى وهو الحل ميتته على السمك) أى محمول على السمك مستثنى عن ذلك أى عن سائر الميتات بقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان فان قيل هذا الخبر مخالف لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا الخبر مشهور مؤيد بالاجماع فيجوز تخصيص الكتاب به على ان حل السمك يثبت بمطلق قوله تعالى لتأكلوا منه لحما طريا وقوله أحل لكم صيد البحر قيل هو السمك الطرى وطعامه المقدد منه وكذا الميتة والدم المحلى بالالف واللام معهود على ما ذكر فى آية أخرى أو دما مسفوحا فينصرف الى المعهود ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر (قوله لاطلاق ما روينا) وهو الحل ميتته (قوله وعن جماعة من الصحابة) وهم على وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضى الله عنهم مثل مذهبنا وانه باب لا يعرف قياسا فثبت انهم قالوه سماعا (قوله ولا باس باكل الجريث والمارماهى وهما نوعان من السمك) (قوله والحجة عليه ما روينا وهو قوله أحلت لنا ميتتان ولا يقال خص منه السمك اذا مات

التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبى يوسف رحمه الله (قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) واضح والطافى اسم فاعل من طفا الشئ فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافى الذى يموت فى الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهى كذلك وقوله (والحجة عليه ما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ)

وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد فى بطن السمكة سمكة أخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت فى حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها فى حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير فى أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيأ ألقاه فى الماء لتأكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا

الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى ثم الاصل فى السمك عندنا أنه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف أنفه من غير آفة فلا يحل كالطافى وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى وعند التامل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقى لان موته بآفة وما أبين من الحى وان كان ميتا فميتته حلال وفى الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

ذلك الحديث أيضا للسمك الطافى وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغى أن يقال لاطلاق ما روينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه مناقشة هى

من غير آفة فكذا الجراد بالقياس لانا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى لانه فى معنى الطافى من كل وجه لانه عليه السلام قال فى أول الحديث ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا والمراد من الطافى ما يموت حتف أنفه من غير سبب حادث بخلاف الجراد فانه نوع آخر فكان العمل بصريح نص ورد فيه أولى من العمل بقياس أو بدلالة نص ورد فى نوع آخر ولان موته لا بد من أن يكون بسبب فانه بحرى الاصل برى المعاش كما قيل ان بيض السمك اذا انحسر عنه الماء يصير جرادا فاذا مات فى البر فقد مات فى غير موضع أصله واذا مات فى الماء فقد مات فى غير موضع معاشه وذلك سبب لموته وروى ان مريم رضى الله عنها سألت لحما لا دم له فرزقت الجراد وعمر رضى الله عنه كان مولعا باكل الجراد (قوله وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى) وهو انه لو وجد فى بطن السمك سمكة أخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها فى حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير فى أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب فاذا ماتت السمك فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكلت شيأ ألقاه فى الماء ليأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها فهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام وما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت أما اذا ماتت بحر الماء أو برده ففيه روايتان فى احدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفى الرواية الاخرى لا تؤكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان أو باردا وروى هشام عن محمد رحمه الله أنه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه فى الماء فمات لا يؤكل وان كان الماء انحسر عن رأسه وبقى ذنبه فى الماء فهو سبب لموته فيؤكل كذا فى المبسوط وفى الذخيرة اذا وجد فى بطن الطافية سمكة أنها تؤكل وان كانت الطافية لا تؤكل عن محمد رحمه الله فى سمكة توجد فى الكلب انه لا باس به يريد به اذا لم يتغير ولا باس باكل سمكة يصيدها المجوسى لانها تحل من غير تسمية فان المسلم اذا أخذ السمك وترك التسمية عمدا يحل وما يحل بدون التسمية فالمجوسى وغير المجوسى فيه سواء والله أعلم بالصواب

(كتاب الاضحية)

باس باكلها وهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفى الموت بالحر والبرد روايتان) احداهما أنها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس والاخرى أنها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت فى الغالب وأطلق القدورى رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لاحد وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أنه على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى وهى أفعولة وكان أصلها أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى

(قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر) أقول فيه بحث فان الظاهر أن اضافة ميتة البحر مثل اضافة قتلى الطف فى كونها اضافة الى المكان وجوابه ان مراده لا ما مات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين *(كتاب الاضحية)* (قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الخ) أقول الاولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لانها ذبيحة خاصة

كلوطاة وأنزلى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر فى أثناء الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف فى الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع فى سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت

سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه

أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام الا فى ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تمييز الذاتى من العرضى انما يتعسر فى الحقائق النفس الامرية وأما فى الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا فى مفهوم شئ يصير ذاتيا لذلك الشئ ويكون تصور ذلك الشئ بالامور الداخلة فى مفهومه تصوره بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل فى معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثانى تأمل تقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح فى يوم الاضحى اه أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر فى مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر فى واحد منها عموم الاضحية لشئ من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها فى عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى اه أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحبا الكافى والكفاية هى ما يضحى بها أى يذبح اه أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بسن مخصوص وهو الثنى فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضان يذبح بنية القربة فى يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها اه وقال صاحب العناية وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى اه أقول يرد على ظاهره أن الاضحية فى الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص فى وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان فى ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هى فى الشريعة ما يذبح فى يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية اه أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل فى تعريف العلم بحصول صورة الشئ فى العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة فى العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجانى فى عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء فى التعريف الذى ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد فى التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض

هى ما يضحى بها أى يذبح وجمعها الاضاحى ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا واضحاة واضحى وبه يسمى يوم

وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة

(قوله وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول فى معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الاضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذ الافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقتها لان الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا اه وهذا الكلام منه بعد ما فسر الاضحية فى عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح فقيما ترى ثم اعلم أنه لا بد فى التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه أو عكسه (قوله اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا) أقول أى أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول فيه أن المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم فنى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر وسيقول انها أشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر اه وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة

والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما فى صدقة الفطر لا يقال لو كان

كذلك لوجب التمليك وليس كذلك

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر فى يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهم الله وعنه أنها سنة ذكره فى الجوامع وهو قول الشافعى وذكر الطحاوى أن على قول أبى حنيفة واجبة وعلى قول أبى يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحى منكم

التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضا بان قوله حيوان مخصوص يغنى عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعى وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز والمخصوص السنى أيضا وهو الثنى فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشئ نعم لو فصله كما وقع فى النهاية وغيرها لكان أظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك فى تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء أما شرائط الوجوب فاليسار الذى يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الا أن فى حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو المهم فى هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بانها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا فى أصول الفقه ولا فى فروعه أما الاول فاقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما فى صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما فى يوم الجمعة ومثل هذه الاضافة فى الاضحية لم توجد فى حق المال ألا يرى أنه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها اه أقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها لان الشئ الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشئ واحد اذ قد تقرر فى علم الاصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر فى أحدهما ما ينافى الآخر فانه قد اعتبر فى السبب أن يكون موصلا الى المسبب فى الجملة وفى الشرط أن لا يكون موصلا الى المشروط أصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع أن يكون شئ واحد موصلا الى شئ واحد آخر وأن لا يكون موصلا اليه فى حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا فى الصلاة أن الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شئ واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر فى يوم الاضحى) قال فى العناية أخذا من النهاية وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى

لا يضحين اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفى

لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحى ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعنى التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب فى الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى فى العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب فى الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله فى الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فانهما يختلفان فيها لان المسافر تلحقه المشقة فى أدائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح فى رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون فى صدر الاسلام ثم نسخ

(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام الى صدقة الفطر فيحتاج الى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليتأمل وفى شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط فى صدقة الفطر لليسر بل ليصير الموصوف به أهلا للاغناء اذ الاغناء لا يتحقق

من غير الغنى الشرعى فان قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعى قلت ما دون الغنى الشرعى فى حكم العدم لان من لم يتصف به يكون أهلا لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها للتنافى بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة فى باب حسن المامور به من كتب الاصول فراجعه

فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيأ والتعليق بالارادة ينافى الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان فى الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة

شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما فى صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحى ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعنى التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه ان المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم فى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتامل انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ لا نزاع لاحد فى أن علة وجوب الاضحية على الموسر هى القدرة على النصاب وانما الكلام هنا فى أن القدرة التى تجب بها الاضحية على الموسر هل هى القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هى القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت فى فتاوى قاضيخان وهى أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى أثره صاحب العناية ولا شك فى استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر فى علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها أو بقيمتها لان علة الوجوب فى المعسر هى الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته فى الموسر هى القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضا فبعد أن تقرر أن علته فى الموسر هى القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هى الممكنة لا الميسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب فى صورة ان كان المشترى معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجئ فى الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر اه أقول وليس هذا أيضا بشئ لان مراد المصنف هناك فوات أداء الاضحية بمضى الوقت لا سقوطها بالكلية فى حق المقيم أيضا فان الاداء وهو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضى الوقت فى الواجبات المؤقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف فى أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الفائت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضا مما عرف فى أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة للحج وعدوا الاضحية من القسم الثانى وقالوا ان أداءها فى وقتها باراقة الدم وقضاءها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والا لم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضى وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهى انما تقبل فى وقت الاداء لا بعده وانما الذى يلزم بعده

الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك (قوله فلا يأخذ من شعره وأظفاره) أى لا يأخذ المضحى من شعر نفسه وأظفاره (قوله لانهما لا يختلفان فى الوظائف المالية) قيد بالمالية لانهما يختلفان فى الوظائف البدنية فالمسافر يلحقه المشقة فى الاداء بالبدن (قوله وصار كالعتيرة وفى المغرب العتيرة ذبيحة فى رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون فى صدر الاسلام يعنى ان العتيرة لما لم تجب على المسافر لا تجب على المقيم فكذا الاضحية لما لم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم والجامع كون

ووجه

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتى لم تنله شفاعتى أجيب بانه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة فى غير الحرام

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير أن الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم

قضاؤها وهو انما يكون بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر اه وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه أقول وهذا أيضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر فى علم الاصول من أن وجوب الاداء فى المؤقتات التى يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لانه فى ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات فى الوقت لا شئ عليه والاضحية من هاتيك المؤقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضى وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضى وقتها لتقرر سبب وجوب أدائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطلقة دون المؤقتة كما نص عليه فى علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا أى فى أى وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف فى أصول الفقه فلو كان المعتبر فى الاضحية أيضا هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الاضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الاضحية بالزكاة فى مجرد سقوطها بهلاك المال فى بعض الاحوال لا فى السقوط بهلاكه فى كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضى أيام النحر فى سقوط الاضحية وأطلق هلاك النصاب فى سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفى على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح فى خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الوارد) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتى لم تنله شفاعتى وأجيب بانه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة فى غير الحرام كذا فى العناية وغيرها أقول

كل واحد منهما قربة يتقرب بها الى الله تعالى وصار قوله كالزكاة لبيان الطرد وقوله كالعتيرة لبيان العكس والعكس مرجح ومؤكد للعلة (قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) فان قيل أليس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من ترك الوتر فليس منا وقال عليه الصلاة والسلام من ترك سنتى لم ينل شفاعتى قلنا ذلك محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام ولهذا تجب المقاتلة مع جماعة تركوا الاذان وان كان الاذان سنة لان احياء السنة واجب (قوله لان الاضافة للاختصاص) أى لاختصاص المضاف بالمضاف اليه والاختصاص انما يثبت اذا وجد المضاف اليه لا محالة وانما يوجد المضاف اليه لا محالة اذا كان واجبا بالنظر الى الجنس أى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه فالصوم يجوز فى سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان (قوله والمراد بالارادة) جواب عما تمسك به الشافعى رحمه الله أى المراد بها

وقوله (لان الاضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أى الاختصاص (بالوجود) لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص (والوجوب هو المفضى الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة أيضا تفضى الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بان الوجوب يفضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الاداء اختص باسباب أى بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهى تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها فى وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفى ذلك مشقة والسفر مؤثر فى التخفيف ألا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التى لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى أن يسقط عنه وجوب الاضحية وهو أقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحى

منكم فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التى هى واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا مع أن أكلهما ليس بمحرم فليتأمل (قوله أجيب بانه محمول على الترك اعتقادا الخ) أقول فيه تأمل

ماهوضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ماقيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لاتتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره مايجب به صدقة الفطر وقدمر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على مابيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله وروي

لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا أو تركها أصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لايخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم وبان أبابكر وعمر رضي الله عنهما كانا لايضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لايضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين اه أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمرا وكان الامر للوجوب وجاز أن تحمل السنة في قوله فانها سنة أبيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك في الالزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ماذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم لاينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة اه وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث اه أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولاشك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وماذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لايقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ماهو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لاصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال اه (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله و بالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله

القصد الذي هو ضد السهو لا التخيير لانه مخير اجماعا وهذا لاينافي الوجوب أي من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من قال من اراد منكم الجمعة فليغتسل (قوله وهي شاة تقام في رجب على ماقيل فيه) اشارة الى الخلاف في تفسير العتيرة وفي الايضاح العتيرة هي ما كان الرجل اذا ولدت له الناقة والشاة ذبح أول ولدها فأكل واطعم وقيل ينذر العرب فيقول اذا بلغ شاؤه كذا وكذا فعليه ان يذبح من كل عشر منها في رجب كذا قال محمد رحمه الله كان في الجاهلية ذبائح يذبحونها منها العقيقة ومنها الرجبية وهي شاة تذبح في رجب فيأكلون و يطعمون ومنها العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة ذبح أول ولدها فأكل واطعم وكلها منسوخ بالاضحية (قوله و بالاقامة لما بينا) وهو قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها و باليسار لما روينا وهو من وجد سعة ولم يضح (قوله وسنبين مقداره) أي مقدار الوقت (قوله وعن ولده الصغير) لانه في معنى نفسه لانه يلي نفسه وماله (قوله فيلحق به كما في صدقة الفطر) وهذا لان كل واحد منها قربة مالية تعلقت بيوم العيد فكانا نظيرين

وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهد به وقوله (على ماقيل) يشير الى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما وافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح أنها عبارة عما اذا ولدت الناقة أو الشاة وذبح أول ولدها فأكل وأطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم و بان أبابكر وعمر رضي الله عنهما كانا لايضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لايضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله غير أن الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنبين مقداره) أي مقدار الوقت

(قوله وأجيب عن الاول بان المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

عنه

عنه أنه لاتجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه و يلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب أن لاتجب على الغير بسبب الغير ولهذا لاتجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لاتجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان هذه القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن يضحى من ماله و يأكل منه ماأمكنه و يبتاع بما بقي ماينتفع بعينه قال (و يذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لاتجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا أنا تركناه بالاثر وهو ماروى عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فيبقى على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لانص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان اليسار له

وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها أي الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤل الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لايقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لامعنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لاشك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلابد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الخ والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله و يكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به أنها المختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت

من هذا الوجه و روى عنه أي عن أبي حنيفة رحمه الله انه يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية والفتوى على ظاهر الرواية كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله وجه ظاهر الرواية ان الاضحية لاتشبه صدقة الفطر من وجه آخر فان الصدقة تتأدى بالتمليك وهذا بالاراقة فيقول بالاستحباب دون الوجوب ولان صدقة الفطر اجريت مجرى المؤنة والاراقة قربة محضة بدليل انها لايتقرب بها الى العباد ولاتجب بسبب الغير بخلاف التصدق بالمال فانه كما يتقرب به الى الله تعالى يتقرب به الى العباد فلا تكون قربة محضة فجاز ان يجب على الغير بسبب الغير اذا قام الدليل وقد قام الدليل على صدقة الفطر قال عليه الصلاة والسلام ادوا عمن تمونون (قوله ماينتفع بعينه) أي ببقاء عينه كالثوب ومتاع البيت (قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع) حتى ان الرجل اذا مات وترك امرأة وابنا و بقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن (قوله لايجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله

وقوله (لاتجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والاصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (و يأكل) أي الصغير من الاضحية التي هي من ماله (ماأمكنه و يبتاع بما بقي ماينتفع بعينه) كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهم الله وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما في لحمها فليس له الا أن يطعم أو يأكل قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح قوله (وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لايجوز) كما اذا مات وترك امرأة وابنا و بقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضا

يؤيده ماروى على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز فى الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها القربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة وعن أبى حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن على ليس على المسافر جمعة ولا أضحية قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلى الامام العيد فاما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل

فحينئذ يصير معنى الكلام فى هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعى وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل ههنا مجرد تخصيص القدورى وجوبها بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعى بذلك الوقت بشئ أصلا ولا يخفى مافيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلى الامام العيد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ماذكره فى المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة فى المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت أقول فى هذا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل فى هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة فى بيان وقت جواز التضحية لا يدل شئ منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها فى حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم تتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة فى حق أهل الامصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة فى حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للاضحية فى حق أهل الامصار

تعالى لعل مراده واذا اراد احدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقين الى آخره (قوله يؤيده ماروى على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة) هذا محكم وقوله عليه الصلاة والسلام على كل أهل البيت محتمل فحملناه على المحكم ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز فى الاصح هذا احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله فانهم قالوا لا يجزيهما لان كل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز فى الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقى وقال بعضهم يجوز وبه اخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله والصدر الشهيد رحمه الله لانه لما جاز ثلاثة الاسباع صار نصف السبع تبعا ووجه ذلك ان نصف السبع وان لم يكن أضحية فهى قربة تبعا للاضحية كما اذا ضحى شاة فخرج من بطنها جنين حى فانه يجب عليه ان يضحيها وان لم يجز تضحيته ابتداء (قوله الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد) يعنى اذا كان مع احدهما بعض الاكارع ومع الآخر الجلد أو بعض الاكارع أو مع احدهما بعض الاكارع والجلد حتى يصرف الجنس الى خلاف الجنس فيجوز كما فى البيع أى فى بيع الجنس مع الجنس جزافا اذا كان مع احدهما أو مع كل واحد منهما شئ من خلاف الجنس فيجوز (قوله والاشتراك هذه صفته) أى البيع بطريق التمول (قوله لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع) وفى المبسوط واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا باس بذلك لان بنفس الشراء لا تتعين الاضحية قبل ان يوجبها (قوله يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا) اراد به قوله لانه اعدها

وقوله (يجوز فى الاصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز فى الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقى ووجه الاصح ماذكره فى الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد رحمهما الله وقوله (الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد) بان يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله (اعتبارا بالبيع) لان فى القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله (وقد أمكن) يعنى دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به باس وقوله (لما بينا) أراد به قوله لانه أعدها للقربة فيمتنع عن بيعها الى آخره وقوله (وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله) اشارة الى قوله ومن ذبح

(قوله ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به باس) أقول فيه بحث

الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط فى حق من عليه الصلاة وهو المصرى دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير فى حق القروى ولا صلاة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصرى اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر فى الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أيضا وما ثمرة ذلك والظاهر أن ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب فى ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال فى تحرير هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح فى مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح فى غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فى متنه وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليها ان ذبح فى مصر وان ذبح فى غيره لا وقال فيما نقل عنه فى الحاشية هذا من المواضع التى أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة اه كلامه أقول لا خطأ فى كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لا أول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا فى حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها فى حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان فى المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد اه (قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجزئه قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فوقع الشك وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ماذكر فى الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ماذكر فى الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذى ذكروه لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافى كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح فى أن

للقربة فيمتنع عن بيعها الى آخره (قوله وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى نفى الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام) اراد به قوله عليه الصلاة والسلام ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وهو لعمومه يتناول ماقبل نحر الامام ومابعده (قوله فيعتبر فى الصرف) أى فى الاراقة مكان المحل أى المال لا مكان الفاعل اعتبارا بالزكوة بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر فكان محلها الذمة فاعتبرنا فيها مكان المؤدى لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى (قوله حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم) يعنى لا يجب عليهم الذهاب الى الجبانة ولو لم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب اليها وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانها عبادة دارت بين الجواز وعدمه فينبغى ان لا يجوز احتياطا وهذا لانها من حيث كونها بعد الصلاة تجوز ومن حيث كونها قبل الصلاة التى تؤدى فى الجبانة لا تجوز (قوله وكذا على هذا عكسه) أى على القياس والاستحسان اذا صلى اهل الجبانة دون اهل المسجد وقيل هو جائز قياسا واستحسانا لان المسنون فى العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصل وقد صلوا

بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ماقبل نحر الامام ومابعده وقوله (ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلى بالضعفة فى الجامع هكذا فعله على رضى الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزأه استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أى العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون فى العيد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لاغير فلا تدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابع عشر من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ماذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي تبع للايام وأما الكراهة فلماذكره في الكتاب وقوله

(والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصدق بثمن الاضحية) أما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قولي أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاقي لفواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه أفضل (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه) بان عين شاة فقال لله علي أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا (أو كان) المضحي (فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان) من لم يضح (غنيا) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ماروي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى أداء القربة وهو الاصل الالمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يمضي باربعة أولها نحر لاغير وآخرها تشريق لاغير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلاتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكروه فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بانهما ليسا من أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك

(قوله كما قالوا) أي عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم (قوله وهو الاصل) أي الاصل المسارعة الى اداء القربة الالمعارض كما في الاسفار بالفجر والابراد بالظهر ونحوه وهو قوله عليه الصلاة والسلام اسفروا وابردوا (قوله لاحتمال الغلط في ظلمة الليل) أي في المذبح أو في الشاة في انه اله أو لغيره أو بذبح شاة فات فيها بعض الشرائط (قوله فنزلت منزلة الطواف فان الطواف بالبيت أفضل في حق الآفاقي من الصلاة (قوله ان كان أوجب على نفسه) أي شاة بعينها بان يكون في ملكه شاة فيقول اضحي بهذه أو يقول لله علي ان اضحي بهذه أو يقول علي ان أضحي بهذه أو يكون فقيرا اشترى شاة بنية الاضحية عليه ان يتصدق بها حية وان ذبح لا يجوز له التناول من لحمها بل يتصدق بلحمها وفضل ما بين قيمتها مذبوحة وغير مذبوحة كذا في الاوضح (قوله وتجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية) وروى الزعفراني عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يجب

(قوله ولا شك أن الجمع بين القربتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القربتين فانه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بفوات الايام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصدق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى

فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى قال (ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب) أما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال (ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها

فاذا فات وقت التقرب بالاراقة) والحق مستحق (وجب التصدق) بالعين أو القيمة (اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء) هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير ما لا أثر له في لحمها وللعور أثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بعينين وقلة العلف تورث الهزال

انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم هنا هو التصدق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فان الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر (قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين أو القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذلك ساقط اذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم لان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصدق بالعين أيضا لان الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شان المصنف جدا اذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشى له من ذلك فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما أشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد اذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما ذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحي بالجماء والخصي والثولاء الى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الاضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به

وهو قول الشافعي رحمه الله لان القرب انما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحد وانا نقول الشراء من الفقير مقرونا بنية الاضحية بمنزلة النذر ودفع النبي صلى الله عليه وسلم الى حكيم بن حزام أو الى غيره دينارا ليشتري به الاضحية فاشترى شاتين وباع احداهما بدينارين ثم اشترى بدينار شاة فجاء بالشاة والدينار فامر النبي عليه الصلاة والسلام ان يضحي بالشاة وان يتصدق بالدينار وفيه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى ان الاضحية لزمته بمجرد النية مقرونا بالشراء اذ تصدق بالدينار (قوله كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا) والجامع بينهما ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس غير جنس الاداء (قوله البين عرجها) هي ان لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وضعا خفيفا يجوز ذكره خواهر زاده رحمه الله (قوله التي لا تنقى) أي ليس لها نقي وهو المخ من شدة العجف

والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم

وان بقي أكثر الاذن والذنب جاز) لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين أو الالية الثلث أو أقل أجزأه وان كان أكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لان لحمها أطيب وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوأين (والثولاء) وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود أما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزئه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان

(قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها أكثر اذنها وذنبها بصيغة التفضيل والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر اذ لا شك أن الربع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على

(قوله بقاء وذهابا) أي بقاء الاكثر كبقاء الكل وذهاب الاكثر كذهاب الكل والاصل ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز عنه ولانه عليه الصلاة والسلام شرط ان يكون بينا واليسير لا يكون بينا (قوله واختلف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر روي عنه أربع روايات فيه) والكل مذكور في الهداية (قوله قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف رحمه الله) وكان يقول أولا الثلث قليل والكثير ما زاد على الثلث ثم رجع وقال الكثير النصف وما زاد على النصف كما هو قولهما وقيل معناه قولي قريب من قولك لان أبا يوسف رحمه الله اعتبر الاكثر من النصف وأبا حنيفة رحمه الله اعتبر الاكثر من الثلث والثلث أقرب الى النصف من غيره (قوله أملحين موجوأين) كبش أملح فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود وهي من لون الملح والوجاء على فعال نوع من الخصاء وهو ان يضرب العروق بحديدة ويطعن فيهما من غير اخراج الخصيتين يقال كبش موجوء اذا فعل به ذلك (قوله ان كان هذا) يعني

نقصانه

حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي أي مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضح قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الاول وهو أن الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب الى قولك الذي هو أن الاكثر من النصف اذا بقي أجزأه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو في أول الكتاب وقوله (لان القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود والوجء نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية

(قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول أشار بذلك الى قوله والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ (قال المصنف وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين) أقول اطلاق القطع بالعين اعله بطريق التغليب (قال المصنف فاعتبر كثيرا) أقول الذي يعطى له حكم الكل هو الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

وقوله (كما في نصاب الزكاة) فانه اذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الاصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تأدي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمهما الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر قال (والاضحية من الابل والبقر الخ) كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند أهل اللغة الجذع من الشياه ما تمت لها سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها ولهذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها وقوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة) لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية

نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد

الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة أن لا يكون هذا وان وقع نادرا لا يجوز (قوله كما في نصاب الزكاة) يعني اذا انتقص النصاب بعد الحول ينتقص الواجب بقدره والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة حتى سقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعا فكذا في النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان (قوله خلافا لابي يوسف رحمه الله) هو يقول انه لو أخذ من فوره يكون ذلك الفعل سببا من أسباب هذا الذبح باعتبار الفور فيلحق به أما اذا انقطع الفور فالفعل الذي حصل به العيب لا يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما لو حصل بفعل آخر (قوله والجذع من الضان ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء) قيد بمذهب الفقهاء احترازا عن قول أهل اللغة وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا أنه من الابل في السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة والجمع جذعان وجذاع وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية أشهر (قوله لانها هي الاصل في التبعية) ذكر في الايضاح لان

(قوله من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة

هذا الشرط فى الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة ألا ترى أن النبى عليه السلام ضحى عن أمته على ما رويناه من قبل ولم يوجد فى الوجه الثانى لان النصرانى ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزأ فى حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذى ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبى يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير فى الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم) لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الاضاحى فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله وهو غنى جاز أن يؤكله غنيا قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل فى البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بان يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل

عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر فى موضعه وفى عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن أغمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف ثلث المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير أن يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا لزم أن يعتبر الاذن والذنب باقيا وذاهبا فى حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقى والذاهب منهما كثيرا فى نفسه كما اذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما فى الجملة على ما وقع فى الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا) أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر فى علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل فى الجواب (قوله ولا بأس بان يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل) أقول لقائل أن يقول انه تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل فى مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر فى أصول الفقه فليتأمل فى الدفع

جانبها مرجح على جانب الفعل لانه يختلف فيها قوله وقالت الورثة أى الكبار منهم (قوله ولو ذبحوها عن صغير من الورثة أو أم ولد جاز) أى على الاستحسان اذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاها أو صغير ضحى عنه أبوه جاز لما بينا أنه قربة مالية فيجوز عن الغير والاختلاف انه ليس على المالك ان يضحى عن أحد من مماليكه فاذا تبرع بذلك جاز واذا جعل شريكا فى بدنة ففيه قياس واستحسان (قوله ويأكل من لحم الاضحية) وفى الذخيرة اذا نذر ذبح شاة لا يأكل منها الناذر ولو أكل فعليه قيمة ما أكل القانع السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر الذى يتعرض للسؤال ولا يسأل (قوله وذلك مثل ما ذكرنا) يعنى كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصعة لانه لو دبغه وانتفع به فى بيته يجوز فكذا اذا اشترى به ما ينتفع به فى بيته لان للبدل حكم المبدل (قوله كالخل والابازير) جمع الابزار وهو خلط القدر كالارز والحمص وغيرهما (قوله واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح) وفى الاجناس لو أراد بيع لحم الاضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك وليس له فى اللحم الا أن يطعم أو يأكل فصار حاصل الجواب فى الجلد أنه لو باعه بشئ ينتفع به بعينه يجوز ولو باعه بشئ

ولا

والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس فى معناها واذا بطل فى ذلك بطل فى الباقى لعدم التجزى وقوله (لما بينا انه قربة) يشير الى وجه الاستحسان وفى القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزأ وبعض الاراقة تقع نفلا أولها فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير للحم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها أو كانت فى غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال قال (ويأكل من لحم الاضحية الخ). الاضحية اما أن تكون منذورة أو لا فان كان الثانى فالحكم ما ذكر فى الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فعليه قيمة ما أكل وقوله (لما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذى يتعرض للسؤال ولا يسأل

ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لانه فى معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القربة بها كما فى الهدى ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما فى الصوف قال (والافضل أن يذبح أضحيته بيده ان كان يحسن الذبح) وان كان لا يحسنه فالافضل أن يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغى أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضى الله عنها قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكتابى) لانه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزئه عن الاضحية فى القياس وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت

(قوله ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها أصلا أى لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هى وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا ببدله وأما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان فى جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل له حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضا الا أنا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها فاذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره اهـ واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر أن يترك القياس على

لا ينتفع به الا بعد ما استهلكه لا يجوز وفى اللحم لا يجوز أصلا سواء باعه بشئ ينتفع به بعينه أو باعه بشئ لا ينتفع به الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الجواب فى اللحم كالجواب فى الجلد ان باعه بشئ ينتفع به بعينه يجوز وتايد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وهذا هو اختيار صاحب الهداية (قوله لان القربة انتقلت الى بدله) لان معنى التمول سقط عن الاضحية فاذا تمولها بالبيع وجب التصدق كذا فى الايضاح فان قيل ينبغى ان لا يجوز بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد الاضحية فلا أضحية قلنا هذا يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم (قوله لانه فى معنى البيع) لان كل واحد منهما معاوضة لانه انما يعطى الجزار بمقابلة جزره والبيع مكروه فكذا ما هو فى معناه (قوله ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما فى الصوف) أى كما يكره له الانتفاع بصوفها وهذا لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيأ منها الى منفعة نفسه قبل ان يبلغ

وقوله (كالخل) بالخاء المعجمة والمهملة (والابازير) التوابل جمع أبزار بالفتح وقوله (فى الصحيح) احترازا عما قيل انه ليس فى اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بشئ ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله (لان القربة انتقلت الى بدله) لان تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله (لانه فى معنى البيع) لان كل واحد عقد معاوضة قوله (من دمها كل ذنب) تمام الحديث أما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع فى ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين

الذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناله دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها الى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه وطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخته من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو أطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته)

البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقل في تعليلها الا أنه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما وقد أشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم أو الدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى اهـ (قوله فصار كما لو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله اهـ أقول قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوا صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضي أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيأ منها كما لا يخفى مع أن الامر في معنى هذا الكلام على طرف الثمام بحمله على حذف مضاف أي كما لو باع لحم أضحيته فيكون المراد به الاشارة الى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أتلف لحم أضحية غيره متصل بقوله

محلها ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينتقص اللبن فلا يتأذى به الا ان هذا انما ينفع اذا كان بقرب من أيام النحر وأما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانيا وثالثا بعد ما ينتقص ولكن ينبغي ان يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطب قبل ان يبلغ محله فان عليه ان يذبحه ويتصدق بلحمه كذا في المبسوط وذكر في الايضاح ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول بان كراهة حلب لبن الاضحية وجز صوفها في الشاة أو في الناقة التي أوجبها وليست بواجبة كالمعسر اذا اشترى أضحية فاما الموسر اذا عين الاضحية فلا بأس بالحلب والجز لان الوجوب لم يتعين فيها وانما هو واجب في ذمته ويسقط عنه بالذبح فقبل الذبح صارت هذه وغيرها سواء (قوله حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في أيام النحر) هذا في نذر الغني وشراء الفقير (قوله ويكره ان يبدل بها غيرها) أي اذا كان غنيا (قوله اذنا له دلالة) الاذن دلالة كالاذن صريحا كما

لانه

عامة وقوله (حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر) أي فيما اذا كان المضحي فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وقوله (فصار كما لو باع أضحيته) يعني انه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله وقوله (ومن أتلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه، ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لانه ملكها بسابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي في التضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها أولا يظهر فان الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه اهـ أقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تالي مغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي أن قول المصنف ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشيء آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شيء من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة ألا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية بجز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام قاضيخان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة هو موليها أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منها في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة

في شرب ماء السقاية وذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح لان الشاة تعينت للذبح لشد الرجل فيكون راضيا بالذبح دلالة مع انه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هذا والله أعلم

(كتاب الكراهية)

(قوله لانا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعني ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له الا بعد الذبح) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح اهـ وأجاب عنه صاحب الدرر بان حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد في الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور اهـ وان شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول الاولى في الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل وأجاب الفاضل المحشي يعقوب باشا عن اشكال صدر الشريعة أيضا بان يقال ان الغصب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليتأمل اهـ كلام يعقوب باشا

قال رضى الله عنه تكلموا فى معنى المكروه والمروى عن محمد نصا أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه الى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها
*(فصل فى الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل)

والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصى أى ليس براض بهما ولا محب لهما وان كان الكفر والمعاصى بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هى ضد الارادة أيضا على ما عرف فى أصول الكلام وأما معنى الكراهية فى الشرع فعلى ما هو مذكور فى الكتاب (قوله قال رضى الله عنه تكلموا فى معنى المكروه) يعنى اختلف أصحاب الشرع فى معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض فى أن الاول ثابت بدليل قطعى والثانى ثابت بدليل ظنى وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه الى الحرام أقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريم وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فالى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكروا فى الكتب ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما فى تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بابوال الابل) قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان اهـ يعنون أنه لو قال تكره لحوم الحمر وألبانها لرجع الضمير فى ألبانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور فى ذكور الحمر وانما تتحقق فى اناثها التى هى الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضا بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق فى كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه فى الاكل والشرب وقد ذكر فى الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعادها كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقى اهـ أقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه فى الاكل والشرب لا يفيد شيأ فيما نحن فيه أصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب فى هذا الفصل غير منحصر فى هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة فى هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق فى الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة فى الذبائح تذكيرا للبواقى فغير تام أيضا لان ذكر ما ذكر مرة وبين مستوفى تذكيرا للبواقى المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يهم أصلا ثم أقول الاوجه أن يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها أيضا لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر فى الذبائح مستوفى وكراهة لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة ألبانها التى لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها فى التوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا فى الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار اهـ كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لان المصنف أيضا ذكره ههنا فى الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد فى الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا وأما كون ما أخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد فى الجامع

هى ضد الرضا والارادة لغة وفى الشرع ما هو المذكور فى الكتاب (قوله وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه الى الحرام أقرب) وذكر محمد رحمه الله فى المبسوط ان أبا يوسف قال لابى حنيفة رحمه الله اذا قلت فى شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم (قوله يكره لحوم الاتن وألبانها) خص الاتن مع شمول الكراهة

ألا يرى أن فى وقت الاضحية من ليالى أيام النحر وفى التصرف فى الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفى اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفى كتاب الكراهية أيضا كذلك

(فصل) فى الاكل والشرب (قوله ألا يرى أن فى وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هى فى التضحية لا فى الوقت ففيه تجوز (قوله وفى كتاب الكراهية أيضا كذلك) أقول فيه بحث لان المراد تحقق فيه الكراهية فى أشياء كثيرة

وتأويل

وتأويل قول أبى يوسف انه لا باس بها للتداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب فى آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام فى الذى يشرب فى اناء الذهب والفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة رضى الله عنه بشراب فى اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الصغير فلا يجدى شيأ فى دفع التكرار لان المصنف ليس فى حيز الاجتهاد فكل ما ذكره مأخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبى يوسف لا باس به للتداوى) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبى يوسف أن بول ما يؤكل لحمه نجس لما مر فى كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل حل شربها عند أبى يوسف أيضا فأول المصنف قول أبى يوسف المذكور ههنا بنفى الباس عن شربها للتداوى وشربها للتداوى ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه فى كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان فى هذا المقام وأما قول أبى يوسف ومحمد فى الجامع الصغير لا باس بذلك فينصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبى يوسف أيضا الا أنه أطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه فى كتاب الطهارات فى فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لان لفظ محمد فى الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله الى هنا لفظ محمد فى الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله فى قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبى يوسف ومحمد فى الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضى شموله لابوال الابل أيضا (قوله وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة والذبائح فلا نعيدها) أقول فى رواج هذه الحوالة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين فى شئ من كتاب الصلاة والذبائح وانما بينت فى كتاب الطهارات فى فصل البئر فى ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافى وقد مرت هذه الجملة فى كتاب الطهارة والذبائح ويمكن أن يتمحل فى توجيه كل من هاتين الصورتين أما فى توجيه الصورة الاولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة فى قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما فى توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال فى الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل فى كتاب الطهارة فى فصل البئر اشارة الى أنه ينبغى أن يذكر مسائل الطهارة فى فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع فى فتاوى قاضيخان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مآله أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله فى أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الاشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا قاطبة فى أول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة فى كتاب مستقل فكون الذى ينبغى أن يذكر مسائل الطهارة فى فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة فى كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبى حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا وللتداوى فقط عند أبى يوسف وذكر أدلتهم هنالك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن طهارته

لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه (قوله يجرجر فى بطنه نار جهنم) فى المغرب هذا محفوظنا من الثقات بنصب الراء ومعناه يرددها من جرجر الفحل اذا ردد صوته فى حنجرته وتفسير الازهرى يجرجر أى يحدر يعنى يرسل وكذا نقله صاحب القرنين وأما ما فى الفردوس من رفع النار وتفسير يجرجر بيصوت فليس بذلك

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) رد عليه لبن الخيل على قول أبى حنيفة فى رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا باس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك فى اللبن فكان شربه مما لا باس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر فى بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته فى حنجرته ونارا منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات

(قوله رد عليه ابن الخيل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه ولانه تشبه بزى المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين وقال فى الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعى يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب فى الاناء المفضض عند أبى حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ويروى مع أبى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك فى السيف والمشحذ وحلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لم تلزم عنده الامن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق فبناء حله على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة لطهارته فى العقل بان يصير دليلا عليها وأما طهارته فانما تكون علة لحله فى الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا فى العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة فى الذهن والعفونة علة للحمى فى الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان انى وبعكسه برهان لمى ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره فان الاول علة للثانى فى الخارج وان كان الثانى علة للاول فى العقل أى دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه) أى لان الادهان فى آنية الذهب أو الفضة ونحوه فى معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال باى وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب أيضا وفى النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره فى المحرمات انتهى أقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم فى أوانى الذهب والفضة وآلاتهما هو استعمالها واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق فى العرف والعادة باخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح فى تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل فى صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو أنه يقتضى أن لا يكره اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها وكذا اذا أخذه بيده وأكله منها وأجاب عنه صاحب

(قوله وكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه) قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب به الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة فى شرح الجامع الصغير (قوله وفى السرير والسرج موضع الجلوس) أى يتقى موضع الجلوس يقال باب مضبب أى مشدود بالضباب وهى الحديدة العريضة التى يضبب بها ومنه ضبب أسنانه بالفضة اذا شدها بها كذا فى المغرب وفى الذخيرة الضبة الذهب العريض أو الفضة العريضة تجعل على وجه الباب وما أشبه ذلك المراد بحلقة المرآة التى تكون حوالى المرآة لا ما يأخذ منه المرآة بيدها فان ذلك مكروه بالاتفاق

وقوله (لانه فى معناه) أى لان الادهان من آنية الذهب فى معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية هكذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكرها فى المحرمات المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهى حديدة عريضة والمشحذ المسن والثفر ما يجعل تحت ذنب الدابة

(قوله من آنية الذهب) أقول والفضة كذلك (قوله قيل صورة الادهان المحرم الى قوله لا يكره) أقول وفى شرح ويحتمل هذا التفصيل فى الاكل والشرب أيضا (قوله وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة الى قوله فى المحرمات الخ) أقول لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل بخلاف الآنية اذ لا يحتاج فيها الى الاخذ باليد

لهما

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابى حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى الفص قال (ومن أرسل أجيراله مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله) لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

الدرر والغرر بما يقرب بما ذكرناه فى دفع ما قاله صاحب العناية فى المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية وأما الثانى فلان مرادهم أن الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاوانى الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا أكل الطعام منها باليد أو الملعقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد أو الملعقة فى العرف وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاوانى الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل أما أولا فلان المذكور فى عبارة عامة المشايخ فى آنية الذهب والفضة بكلمة فى بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من فى كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانيا فلانه ولا تأثير للابتداء فى تمشية الجواب الذى ذكره ههنا اذ يكفى فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال فى الابتداء أو فى الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم أن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن فى بعض عبارته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال فى الصورتين وعدمها فى الثالثة فان للمماسة تأثيرا فى الحرمة كما سيجىء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة فى الاناء المفضض أو المضبب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذى زعمه حقا النقض الذى أورده صاحب التسهيل فانه اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك فالمخلص الكلى هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو المضبب فبمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة فى حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذى هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين أصل يأتى بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعهما فى التعليل جريا على رواية كون قول محمد فى هذه المسئلة مع أبى يوسف وان كان أفرد أبا يوسف فى بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافى فافرده ههنا أيضا حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهى ورد عليه بعض

(قوله ولابى حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع فلا معتبر بالتوابع) وحكى أن هذه المسئلة وقعت فى دار أبى جعفر الدوانقى بحضرة أبى حنيفة رحمه الله وأئمة عصره فقالت الائمة يكره فقيل لابى حنيفة رحمه الله ما تقول قال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فقال أرأيت لو كان فى الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر يقال ثوب مكفوف لما كف جيبه وأطراف كميه بشئ من الديباج وقد صح ان النبى عليه السلام لبس جبة أطرافها من الديباج (قوله ومن أرسل أجيراله مجوسيا أو خادما فاشترى

ولابى حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت فى دار أبى جعفر الدوانقى بحضرة أبى حنيفة وأئمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابى حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال أرأيت لو كان فى أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر قال ومن أرسل أجيراله مجوسيا الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة قال (ويجوز أن يقبل فى الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب فى الارض والمبايعة فى السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدى الى الحرج وفى الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل

المتاخرين حيث قال بعد نقل مافى الكافى قلت ورد النهى عن الشرب فى اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال فى الحاشية رد الما فى الكافى من احتجاج أبى يوسف أقول ليس ذلك بتام لان ماورد من النهى عن الشرب فى اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادهان منه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار فى كلها تناول النهى الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال فى المحيط البرهانى يحتهما العمومات الواردة بالنهى عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا كل جزء منه فيكره وهذا لان الحرمة فى استعمال الذهب والفضة فى الاناء وغيره انما كانت للتشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت فى ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعى فى شرح الكنز لابى يوسف ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب فى اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شئ من ذلك فانه يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه الدارقطنى انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبى حنيفة رحمه الله لكن لم نجده فى روايات البخارى وغيره الا خاليا عن زيادة أو اناء فيه شئ من ذلك وقال فى الحاشية رد لما ذكره الزيلعى من احتجاج أبى يوسف انتهى أقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخارى وغيره لا يدل على عدم وجودها فى رواية أخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعى طريق اخراج ماذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطنى فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابى والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابى مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر مستوفى وعبارة المصنف توهم أصالة الثانى كما ترى ثم انه لو قال فى المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله فى الجامع الصغير تبركا به (قوله لانه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله فى الحل يعنى فى قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لامحالة أولى أن يقبل فى الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول فى تفسيره قول المصنف فى الحل بقوله يعنى فى قوله وسعه أكله ركاكة تجد لان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو فى قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه ثمرة قبول قوله فى ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله فى الحل فى قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله فى قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندى فى شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعنى أنه لما قبل قوله فى الحل أى فيما يتضمن الحل وهو قوله

لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله ولا يقال كان ينبغى ان لا يقبل قوله لانه اخبار بان هذا اللحم حلال والحل والحرمة من الديانات ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل والمجوسى ليس بعدل لانا نقول انه اخبار بالشراء من يهودى أو نصرانى أو مسلم وانه من المعاملات وانما يثبت الحل فى ضمنه وكذلك لو قال اشتريته من غيرهم اثبات الحرمة فيه ضمنى فلما قبل قوله فى الشراء يثبت ما فى ضمنه لانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كوقف المنقول ضمنا بغير المنقول وكبيع الشرب وغيره (قوله فى الهدايا والاذن) أى

وقوله (لانه لما قبل قوله فى الحل) يعنى فى قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لامحالة أولى أن يقبل فى الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأتى برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس

بعنى

بعنى مولاى اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا قال (ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدى الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا أو مسلما عبدا أو حرا ذكرا أو أنثى دفعا للحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا الا بالمعاملة ولا تتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة انه

اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم فانه يتضمن اثبات حل أكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله فى الحرمة أى فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابى والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء انتهى أقول للمانع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعث عادة على أيدى هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على أيديهم بلا مجال النكير من أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدى الى الحرج وتبعه العينى أقول وللمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم فى اهداء مواليهم أنفسهم يؤدى الى الحرج لامكان اهدائهم على أيدى غيرهم من سائر العبيد والجوارى أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على أيدى غير جنس العبيد والجوارى والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما فى اهداء الامور الخسيسة (قوله ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) قال فى التلويح قيل ذكر فخر الاسلام فى موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل فى مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى وهو المذكور فى كلام الامام السرخسى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لهذا فيشترط ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان انتهى أقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بشرط التحرى كما سيأتى التصريح به فى الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهى رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندى هو التوجيه الثانى فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق فى الديانات بدون التحرى (قوله ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية أصح لانه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبى حنيفة فى الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر فى كتاب الشهادات فكان أحد شطرى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ففى غير ظاهر الرواية أيضا لم يلزم عدم اعتبار أحد شطرى الشهادة فلم يدل ماذكروه على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبى حنيفة فى الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته فى القضاء عند أبى يوسف ومحمد

فى التجارة (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء (قوله ولا يقبل قول المستور فى ظاهر الرواية) وهو الذى لم تعلم عدالته ولا فسقه

الجار يتوقوله (لما قلنا) راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء وقوله (ولا يقبل فيها) أى فى العبادات (قول المستور) وقوله (جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعنى اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية أصح لانه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار

(قوله لان الهدايا تبعث على أيدى هؤلاء عادة) أقول يمكن أن يمنع اشتراك العادة

يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفى ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأى قال (و يقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ماذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به و يتيمم ولو كان المخبر فاسقا أومستورا تحرى فان كان أكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط

رحمهما الله مالم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف فى كتاب الشهادات والفتوى على قولهما فى هذا الزمان و يؤيد هذا التوجيه ماذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسى حيث قال قال شمس الائمة السرخسى فى أصوله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه بمنزلة العدل فى رواية الاخبار لثبوت العدالة ظاهرا بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ماذكره فى الاستحسان أصح فى زماننا فان الفسق غالب فى أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور مالم تتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته فى القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور فى ظاهر الرواية أى ولا يقبل قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ماذكروه وجه الاصحية ظاهر الرواية وجه النفس ظاهر الرواية عن أبى حنيفة فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطرى الشهادة عند أبى حنيفة بل يكفى ظاهر العدالة عنده فى قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق فى المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة فى قبول قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عنه فتدبر (قوله و يقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا يشتبه على أحد قبول قول الحر فى كل أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافى ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال و يقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقوله و يقبل فيها أى فى الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح فى الطنبور نغمة حيث أتى بمحذور آخر فى كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر ولا شك أن كلمة هؤلاء من جوع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به فى المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية و يقبل فيها أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان فى أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما فى رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع أقول فى كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا فى المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا ههنا فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به لاحد قرينيه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ماذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كانت نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته مالم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر طاهر والا لم يجز التيمم فكان ينبغى أن يكون الاحتياط اذ ذاك فى ترك الاراقة لتاديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب

(قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به) أى يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى الشاهد عند أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يطعن الخصم والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى تظهر عدالته

العدالة وقوله (حتى يعتبر فيهما) أى فى الفاسق والمستور اذا أخبرا بنجاسة الماء (أكبر الرأى) وقوله (ويقبل فيها) أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (ماذكرناه) اشارة الى الهدية والاذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضابه) يعنى حكما لا فى الاحتياط والاحتياط فى التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قيل الاصل الطهارة

ومع

ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة أما التحرى فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى وهذا جواب الحكم فاما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى

كما سيأتى من بعد فان التيمم هنالك بشئ طاهر فلا يلزم محذور أصلا فليتامل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا فى علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين و يوافقه قول المصنف فيما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب فى قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذى يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافى ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصى والكذب منها فكان منزجرا عنه اه فان قلت اذا بقى احتمال ما للكذب فى العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالاراقة فى صورة العدالة احتياطا بها مثل الاحتياط بها فى صورة التحرى فى خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدول هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف فى مقابلة ذلك وأما التحرى فمجرد ظن قلت معناه

(قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب) يعنى اذا أخبره عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير اراقة الماء لسقوط احتمال الكذب مع العدالة واما التحرى فمجرد ظن فيحتاط بالاراقة ان وقع فى قلبه انه صادق فى خباره بنجاسة الماء ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى وهذا جواب الحكم فاما فى الاحتياط يتيمم بعد الوضوء (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لان التحرى مجرد ظن فكان فيه احتمال الخطا وان لم يترجح أحد الجانبين فالاصل هو الطهارة (قوله ومنها الحل والحرمة) أى من باب الديانات الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك أى يقبل خبر الواحد العدل فى الحل والحرمة اذا لم يكن فيما أخبره بالحرمة متضمنا زوال الملك اما اذا تضمنه فلا يقبل فى الحرمة وفى فتاوى قاضيخان رجل تزوج امرأة فاخبره مسلم ثقة أو رجل أو امرأة انهما ارتضعا من امرأة واحدة قال فى الكتاب أحب الى أن يتنزه و يطلقها و يعطيها نصف المهر ان لم يكن دخل بها ولا تثبت الحرمة بخبر الواحد عندنا مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان وعلى قول الشافعى رحمه الله تثبت حرمة الرضاع بشهادة الاربع من النساء وانما يتنزه احتياطا لمكان حرمة الوطء فيطلقها كيلا تبقى معلقة فان لم يكن يطلقها ولم يتنزه وسعه ذلك لان ملك النكاح لا يبطل بهذه الشهادة ولو ان مسلما اشترى لحما وقبضه فاخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة المجوسى فانه لا ينبغى للمشترى ان يأكل ولا ان يطعم غيره لان المخبر أخبره بحرمة العين و بطلان الملك وحرمة العين حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد وأما بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك بخلاف ما تقدم لان بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة فاذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا تثبت الحرمة واذا ثبتت الحرمة مع بقاء ملك اليمين ههنا لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع اذا لم يبطل البيع ولو ان رجلا اشترى جارية أو طعاما أو ورثه ميراثا أو بسبب آخر فلما قبضه أخبره ثقة ان هذا لفلان بن فلان غصبه منه البائع أو الواهب أو المورث يستحب له التنزه عن ذلك وان لم يتنزه فهو فى سعة بخلاف مالو أخبره أنه ذبيحة مجوسى يكره أكله ولا يسعه لان المشهود به ثمة حق الله تعالى لا حق العبد حتى لا تزول الحرمة باباحة العبد فيثبت بقول الواحد لانه حجة فى الديانات اما الحرمة هنا لحق العباد وشهادة الفرد غير مقبول فيها كما فى النكاح كذا فى المبسوط (قوله وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى) ذكر صاحب المحيط رحمه الله ان رجلا دخل على قوم من المسلمين كانوا يأكلون

وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله أما التحرى فمجرد ظن ففيه احتمال الخطا وقوله (ومنها) أى من الديانات (الحل والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لابد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أى قول المجوسى فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة وهو يدل على ان العدالة فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا أجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا

(قوله أجيب بان ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بان الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرضى كما نص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فافترقا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منظور فيه لانهم ان أرادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب

اللحم ويشربون الشراب فدعوه اليهم فقال له مسلم غير الآكلين ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسي وهذا الشراب قد خالطه خمر فقال الذين دعوه الى ذلك ليس الامر كما قال بل هو حلال فانه ينظر في حالهم فان كانوا عدولا لا يلتفت الى قول المخبر بالحرمة لان خبر الواحد لا يعارض الجماعة فان خبر الجماعة حجة في الديانات والاحكام وخبر الواحد ليس بحجة في الاحكام ولان الظاهر من حال المسلمين التحرز عن ذبيحة المجوسي وعما خالطه الخمر فيكون خبر الواحد في معارضة خبرهم خبرا مستنكرا فلا يقبل وان كانوا متهمين فانه يأخذ بقول ذلك الواحد ولا يسعه ان يتناول شيأ من ذلك لان خبر الواحد باعتبار حاله مستقيم صالح ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل به لفسقهم ولو كان في القوم رجلان ثقتان يأخذ بقولهما لان الحجة في الاحكام تتم بخبر المثنى فلا يعارض خبرهما خبر الواحد وان كان فيهم واحد ثقة يعمل فيها باكبر رأيه فان لم يكن فيه رأى واستوى الحالان عنده فلا بأس بان يأكل ويشرب ويتوضأ والمصير الى غالب الرأى للمعارضة بين الخبرين وعند المعارضة لا بد من مرجح لاحد الجانبين وغالب الرأى يصلح ان يكون دليلا للعمل في بعض المواضع فلان يصلح مرجحا أولى وان لم يكن له رأى يتمسك باصل الطهارة فان أخبره باحد الامرين لو كان ثقتان يأخذ بقولهما لاستواء الحر والعبد في الخبر الديني ولا تتحقق المعارضة بين الواحد والمثنى في الخبر لانه يحصل من طمانينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد ولو أخبره باحد الامرين عبد ثقة عمل فيه باكبر الرأى لان الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر واحد ومن حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فتتحقق المعارضة بين الخبرين فيصار الى الترجيح باكبر الرأى وان أخبره باحد الامرين مملوكان ثقتان وبالامر الآخر حران ثقتان يأخذ بقول الحرين لان الحجة تتم بقول المملوكين فعند التعارض يترجح قول الحرين وان أخبره باحد الامرين ثلاثة أعبد ثقات وبالامر الآخر مملوكان ثقتان يأخذ بقول العبيد وكذلك ان أخبره باحد الامرين رجل وامرأتان وبالامر الآخر رجلان يأخذ بقول رجل وامرأتين فالحاصل في جنس هذه المسائل ان خبر المملوك والحر في الامر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة فيطلب الترجيح أولا من حيث العدد فاذا استوى العدد يطلب الترجيح من حيث التحري فعلى هذا اذا كان المخبر باحد الامرين أربعة من الاحرار والمخبر بالامر الآخرين يؤخذ بقول الاربع (قوله لان اجابة الدعوة سنة) الى قوله كصلاة الجنازة واجبة الاقامة فان قيل كيف قاس السنة بالواجب في الاقامة عند اقتران المعصية بهما وللواجب قوة ليست للسنة قلنا هذه سنة ورد الوعيد على تاركها على ما قال عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جاز اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية وأما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

على

فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير أن تكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة اه أقول ليس هذا بشئ لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيأ فقهيا فيلزم ان يكون قول المصنف كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشى له ثم أقول يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا أنها تنقلب الى الواجب بقاء أي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما أشار اليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجيء فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة فلا نسلم أن اجابتها سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بلهو وفيه لا تسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمة يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء أن الدعوة اذا قارنت شيأ من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتامل الى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء أما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمة لعبا أو غناء فلم يقعد ولم يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجيء في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القسم الثالث ههنا فلا يتصور وقوعه اه فزعم

فكانت في قوة الواجب فيثبت الحكم حينئذ فيها على حسب ما يثبت في الواجب

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القضيب

ماهو متصور الوقوع غير متصور الوقوع و بالعكس ولم يدر أن تحقق انتهاء الشئ فى الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلو كلامه عن التحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذكر فى وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيأ من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجئ فى الكتاب وذكره ذلك القائل أيضا فى أثناء كلامه و يكفى لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التى هى السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة فى الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ماذكره وجها للاندفاع والصواب فى الجواب عماذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثانى من ترديده وهو كون المراد أن اجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الاجابة سنة و بيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شئ من البدع أصلا والثانى ان دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيأ من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر أن ثمة شيأ من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففى الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفى الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للمدعو أصلا والمسئلة التى نحن فيها من الوجه الثانى من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر فى علم الاصول أن المعرف باللام اذا لم تكن للعهد الخارجى فهو للاستغراق والدعوة فى قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هنالك معهود خارجى فهى للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هنالك كما بينه المصنف هناك فافترقا (قوله ودلت المسئلة على أن الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القضيب) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو

(قوله لانه لم يلزمه حق الدعوة) لان اجابة الدعوة انما تلزم اذا كانت الدعوة على وجه السنة هذا اذا كانوا لا يتركون بحضوره وان كانوا يتركون احتشاما له واحتراما له يحضر لان حضوره يكون من باب النهى عن المنكر (قوله ودلت المسئلة على ان الملاهى كلها حرام) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا فى ثلاث تاديبه فرسه وفى رواية ملاعبته بفرسه و رميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذى ذكره ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ثم الكلام فى الغناء قال بعضهم دلت المسئلة على ان مجرد الغناء والاستماع اليه معصية لقوله عليه السلام استماع الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر انما قال ذلك على سبيل التشديد وان سمع بغتة فلا اثم عليه و يجب عليه ان يجتهد كل الجهد حتى لا يسمع وقد قال ابن مسعود رضى الله عنه ان صوت اللهو والغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت النبات بالماء وقال مشايخنا رحمهم الله استماع القرآن بالالحان معصية والتالى والسامع آثمان ومنهم قال اذا كان وحده فيغنى لدفع الوحشة من نفسه فلا باس وبه أخذ شمس الائمة السرخسى رحمه الله (قوله حتى التغنى بضرب القضيب) عنى به خشب الحارس والله أعلم

(قوله ودلت المسئلة على أن الملاهى كلها حرام) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله لهو المؤمن باطل الا فى ثلاث تاديبه لفرسه و رميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وقوله (بضرب القضيب) عنى به

(قال المصنف ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول فيه كلام لان الحديث ينتظمه (قوله لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب الخ) أقول المراد بها أمور الدنيا أعنى ما لا يتوصل به الى الفوز الآجل (قوله ليس بحرام) أقول يعنى مطلقا (قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول لكن القياس الاول يقتضى الكلية كما لا يخفى ثم ان الاولى أن يجاب بان الكلام على التشبيه فليتأمل (قوله وهو ما استثناه النبى عليه الصلاة والسلام) أقول فيه نظر يظهر وجهه بالنظر فى كتب التفاسير

حرام

حرام كذا فى العناية وهذا القدر من التعليل كاف فى بيان دلالة المسئلة على أن الملاهى كلها حرام هو الصحيح المختار عندى وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبى صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا فى ثلاث تاديبه فرسه وفى رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذى ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص فى قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام فى دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل أن محمدا لما أطلق اسم اللعب والغناء فى هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذى هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذى ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ينافى قولهم فى أول التعليل لان محمدا أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ماذكره محمد فى هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافى لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا الاطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضى الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول بقى شئ فى أصل كلام المصنف وهو أنه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهى كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة فى الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة فى كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة فى الحديث صريحا و يجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله لهو المؤمن باطل الا فى ثلاث تاديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس فى قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقى الذى ذكر فى السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الاقترانى و بالحاصل منه نتيجته وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر فى موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضى الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتأخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهى ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح اذ الظاهر أن كلتا مقدمتى القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب فى الثانية على رفع الايجاب الكلى دون السلب الكلى فكلية الاولى مقررة وأداة سور الكلية هى اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها منحصرة فى لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول فى الجواب الذى ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناه النبى عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام فان الذى كان حدا أوسط فى ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهى المراد بالبعض فى النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شئ من الانسان بفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذى هو الانسان ليس بفرس لا أن بعضه أى بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تاثير ودخل فى النتيجة

بالصواب

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

(فصل في اللبس) قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس

وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لامكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كلعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وأما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لا يكون كل الملاهي بل انما يكون شيأ معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلاة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتداء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

(فصل في اللبس) قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان

خشب الحارس وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

(فصل في اللبس) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان

(فصل في اللبس) (قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليتيمم

(فصل في اللبس)

وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء بحديث آخر)

الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم (الا أن القليل عفو

مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كي لا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تأخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا قوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور أمتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح اذ المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب الخلاص كما تقرر كل ذلك في علم الاصول وان أراد بذلك أنهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه له في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره أيضا شئ وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس

(قوله وانما حل للنساء بحديث آخر) قال بعض الفقهاء حرام عليهن لعموم النهي (قوله وهو ما رواه عدة من الصحابة) منهم علي وأبو موسى وعبد الله بن عمر وعقبة بن عامر رضي الله عنهم ان النبي صلى الله

فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة

الفائدة وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى) أقول لم يتعرض لعموم النهي لاظهرية العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول المصنف لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضا لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستندا بلفظ لا تلبسوا (قوله اما أن يكون قبل الاول فينسخ

به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضا في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا تمشية للسؤال وهو حاصل الجواب (قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الاباحة الاصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم

وهومقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير) لما روى أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الاموضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا باس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه اياكم وزى الاعاجم وله ماروى أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه

الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن أين العموم أجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم (قوله ولا باس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) قال الشراح يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس ومأخذهم الخلاصة فانه قال فيها والرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ماذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لاخلاق له

عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان محرمان على ذكور أمتي حل لاناثهم أي هذان جنسان محرمان فثبوت الحرمة فيما عينه بطريق العبارة وفي غيره من جنسه بطريق الدلالة فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين فكيف يجعل المبيح هنا متأخرا وهو قوله حل لاناثهم ونهى النبي عليه السلام عن لبس الحرير مطلقا متقدما قلنا قوله انما يلبسه يحتمل ان يكون بيانا لقوله محرما على ذكور أمتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان هذا الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر أو نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره (قوله مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أي مضمومة لامنشورة وفي السير الكبير ان العلم حلال مطلقا سواء كان صغيرا أو كبيرا ومن الناس من حرم ذلك لعموم النهي (قوله وكذا الاختلاف في ستر الحرير) أي في تعليقه على الجدار (قوله لهما العمومات) وهي هذان محرمان الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم لان أتكئ على جمرة الغضا أحب الي من ان أتكئ على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه أتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة (قوله والجامع كونه نموذجا) أي يعلم بهذا المقدار ماوعد له في الآخرة فان قيل الجلوس على كرسي الفضة

نموذجا

الى جزئيين فمن أين العموم أجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة وقوله (قالا ويكره) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وقوله (لهما العمومات) يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة وما روى عن عمر رضي الله عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لاني أرى عليكم ثياب أهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله (والجامع كونه نموذجا) يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ماوعد له في الآخرة منه ليرغب في تحصيل سبب

تكرر النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الاصبع يذكر ويؤنث فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة (قوله وقالا يكره يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاناثهم (قوله يريد به قوله نهى عن لبس الحرير) أقول التوسد والنوم عليه ليس لبسا فكيف يستدل به الا أن يقال ذلك في معناه وقد مر مثله في الفصل الاول

نموذجا على ماعرف قال (ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما) لماروى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه (ويكره عند أبي حنيفة) لانه لافصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وماروياه محمول على المخلوط قال (ولا باس بلبس ماسداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره) لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى

في الآخرة وماروى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب أهل النار اه واقتفى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر أنهما ليسا بلبس اذ لا يقال ان توسد شيأ أو نام عليه أنه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا أنهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما او كان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكئ على جمرة الغضا أحب الي من أن أتكئ على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه أنه أتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة اه واقتفى أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما في الاخيرين فلا لان الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر في شئ منهما العموم الا أن ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يحتمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح الا لضرورة فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل الى هنا كلامه أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الايهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها لا للحاجة اليها فلابد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة وأما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة

لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم قلنا ما أطلقنا القليل الا ليكون نموذجا فاذا انقلب مقصودا بقي حراما كالخز وهذا لان الحرير لباس أهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير فوجب اطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون نموذجا الى ذلك الكثير الكامل فاما الفضة فلا تكون لباسا في الدار الآخرة وانما يكون منها الكرسي ونحوه فلو أطلقناه لصار عينها مطلقا وعين الشئ لا يصلح نموذجا (قوله والخز مسدى بالحرير) يريد به ان الخز اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون في الماء (قوله فكانت هي المعتبرة دون السدى) لما عرف ان العبرة في الحكم لآخر وصفي العلة

يوصله اليه وقوله (لافصل فيما رويناه) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي وقوله (والخز مسدى بالحرير) قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقدم الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا باس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة في عين العدو وابريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله

وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به فى الحرب) للضرورة (ويكره فى غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

الحال فلا يوجد الايجاز المخل فى الكلام الذى ذكره المصنف كما لا يخفى وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعنى قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهى قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع فى الجواب عن دليلهما العقلى وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض فى شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المحظور الشرعى لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية فى تقرير المصنف مقدمة فى المعنى الا أنه أخرها فى الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلى أكثر وتأثيرها فى الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار فى كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد (قوله وما رواه محمول على المخلوط) أقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبى صلى الله عليه وسلم فى لبس الحرير والديباج فى الحرب والحمل على المخلوط ان صح فى الحرير لا يصح فى الديباج لان الديباج فى اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال فى المغرب الديباج الذى سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه فى غير الحرب بالاتفاق وأما فى الحرب فعند أبى حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثانى ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه فى الحرب وغيره والثالث عكس الثانى وهو مباح فى الحرب دون غيره فقد صرحوا فى كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط فى حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى) قال جمهور الشراح فى تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما اهـ وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر فى التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك اليه قول الزيلعى لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة اهـ لكن لا يخفى عليك أن القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثانى ولهذا عدل عنه صاحب الكافى وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما فى الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفى على بعض الشراح حيث علل الاول بالثانى الى هنا لفظ ذلك البعض أقول لم يصب ذلك فى رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذى مسكة أن الدليل الذى ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور

وقيل انما الاعتبار للسدى لانه يصير مستورا باللحمة وهذا التعليل منقول عن الشيخ أبى منصور رحمه الله وعلى هذا يكره لبس العتابى لان السدى لا يستتر فيه باللحمة كذا فى الايضاح وجامع المحبوبى قال أبو يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب اذا كان بين

(على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدى برداء قيمته أربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده

قال

قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لانها فى معناه (الا بالخاتم) والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء فى اباحة ذلك آثار وفى الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال مالى أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر

الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم اياها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هى المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذى ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره فى التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدم وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقررها فى كلمات المشايخ وليس فى كلامه ما يمنعه فانه قال والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال وتمام النسج أو آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه ببطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف فى التعليل حينئذ وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما غره الا عبارة الزيلعى ولم ينظر أولم يلتفت الى ما وقع فى كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال فى تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه أيضا قال فى تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافى فانه أيضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزيلعى بقوله أو نقول الخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول فى المعنى والمآل يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان اللحمة هى التى تظهر فى المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهى اللام فى هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها فى معناه) أقول للمانع أن يمنع كونه فى معناه كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال فى تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون فى معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لانها فى معناه اثبات عدم جواز التحلى بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد فى حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتى وقد تقرر فى علم الاصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق فى الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الامر

الثوبين فهو ملبوس ولبس الحرير لا يجوز للرجال فاما الحشو فليس بملبوس فلا يكره (قوله لما روينا) وهو قوله عليه السلام هذان محرمان على ذكور أمتى (قوله الا بالخاتم) هذا اذا لم يرد به التزين وذكر الامام المحبوبى وان تختم بالفضة قالوا ان قصد به التجبر يكره وان قصد به الختم ونحوه لا يكره (قوله وقد جاء فى اباحة ذلك آثار) أى فى اباحة التختم بخاتم الفضة آثار وهو ما روى انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وفصه منه ونقشه محمد رسول الله محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضى الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام آمن كل شئ من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبى عليه السلام من معاذ فوهبه منه فكان فى يده عليه السلام الى ان توفى ثم كان فى يد أبى بكر رضى الله عنه الى ان توفى ثم كان فى يد عمر رضى الله عنه

قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب الخ) لا يجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتى ولا بالفضة لانه فى معناه فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتى لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله (وقد جاء فى اباحة ذلك آثار) هو ما روى أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضى الله عنه أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام آمن كل شئ من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبى صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان فى يده صلى الله عليه وسلم الى ان توفى ثم كان فى يد أبى بكر رضى الله عنه الى أن توفى ثم

كان فى يد عمر رضى الله عنه الى أن توفى ثم كان فى يد عثمان رضى الله عنه حتى وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأتى بلفظ الجامع الصغير لاداء الحصر فيه (ومن الناس من أطلق) منهم شمس الائمة السرخسى رحمه الله فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبى صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعنى الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذى هو المنصوص عليه وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهى عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب فكذا فى الآخر والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه

خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار ومن الناس من أطلق الحجر الذى يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا وعن على رضى الله عنه أن النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين فى حقهن وانما يتختم القاضى والسلطان لحاجته الى الختم وأما غيرهما فالافضل أن يتركه لعدم الحاجة اليه قال (ولا

فى الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق فى الحجر الذى يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص فى حرمة التختم بالحجر كوروده فى الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفى كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص فى جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر فى الكافى وغيره فكان التشبث بكونه حجرا أظهر نفعا فى اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفى كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وفى فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضى كراهة التختم بالحجر الذى يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه تختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا تصريح بما علم من قوله الا بالخاتم الا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان معنى قوله الا بالخاتم الا أنه يجوز للرجال التحلى بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفى اثبات بلا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفى جواز الشئ واثباته ضرورى ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة فى قوله الا بالخاتم

الى ان توفى ثم كان فى يد عثمان رضى الله عنه حتى وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه ولم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم فى البئر ومنها ما روى ان نعمان بن بشير دخل على النبى عليه السلام وعليه خاتم ذهب فقال مالك تختمت بخاتم أهل الجنة قبل ان تدخلها فقد حذره عليه السلام الدخول تحت قوله تعالى أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا فنزع ذلك ودخل وعليه خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار فتركه ثم دخل ومعه خاتم صفر فقال عليه السلام انى لاجد منك ريح الاصنام فقال بم اختم يا رسول الله فقال بالفضة ولا تزده على مثقال واجعله فى يمينك ثم صار الافضل جعله فى اليسار لان ذلك صار من علامة أهل البغى ويجعل الفص الى باطن كفه هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف النساء لانهن يلبسن للتزيين وقال بعض الناس لا باس بالتختم بالذهب لما روى البراء بن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال البس ما كساك الله ورسوله ولان النهى عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التحلى بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب فكذا فى الآخر ولنا ما روى عن على وابن مسعود وأبى هريرة رضى الله عنهم أنه عليه السلام نهى عن ذلك ولان الاصل هو التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد زالت بالفضة لانهما من جنس واحد فبقى الذهب على حكم التحريم وما رواه منسوخ أو تأويله ان يكون فصه مركبة بالذهب أو مذهبا وانما العبرة بالحلقة فانها يكون النسبة فى الحكم والشرع بعقد قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر (قوله ومن الناس من أطلق الحجر الذى يقال له يشب) واليه مال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فانه قال والاصح أنه لا باس به كالعقيق فانه عليه السلام تختم به وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر ولنا انه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر وهو منصوص (قوله واطلاق الجواب فى الكتاب

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص الى باطن كفه)

باس

أى لانه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبى يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعنى اختلف المشايخ فى قول أبى يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبى حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وذكر فى الامالى مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لان عامة المسلمين استعملوه هكذا فى عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة فى بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج فى سفر عمد الى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخن امرأتى وان أصابه وقد انحل قال خانتنى هكذا المروى عن الثقات الا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهى خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعاقد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب والله أعلم

(فصل فى الوطء والنظر واللمس) مسائل النظر أربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه اشار

باس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) أى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لابسا له قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبى حنيفة وقال محمد لا باس بالذهب أيضا وعن أبى يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فانتن فامره النبى عليه السلام بان يتخذ أنفا من ذهب ولابى حنيفة أن الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الادنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع فى الانف دونه حيث أنتن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لان التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرقة التى تحمل فيمسح بها العرق) لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التى يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها) وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع فى الجلوس (ولا باس بان يربط الرجل فى أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم

لا ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

وقد روى أن النبى عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

(فصل) فى الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الا وجهها وكفيها لقوله

والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر فى الروايات بالاتفاق لكان له وجه تامل

(فصل فى الوطء والنظر واللمس) لا يذهب على الناظر فى المسائل المذكورة فى هذا الفصل أن ما يتعلق

يدل على تحريمه) وهو قوله وفى الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة (قوله يوم الكلاب) هو بالضم والتخفيف اسم ماء كانت عنده وقعة (قوله لم تندفع فى الانف دونه) أى دون الذهب أى لم تندفع الضرورة فى الانف بدون اتخاذه من الذهب (قوله ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) فى المغرب الرتيمة خيط التذكر يعقد بالاصبع وكذا الرتيمة وارتمت الرجل ارتاما وارتم هو نفسه قال

اذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والرتم ضرب من الشجر وأنشد ابن السكيت

هل ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

وقال معناه ان الرجل كان اذا خرج فى السفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحال لم تخن امرأتى وان أصابه وقد انحل خانتنى وهو المشهور والمروى عن الثقات الا أن أبا الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وأبو زيد ذكر الرتم فى معناها وأنشد هذا البيت استشهادا به للخيط وكأنه جعله جمعا لها والله أعلم بالصواب

(فصل فى الوطء والنظر واللمس) اعلم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل الى الرجل والمرأة

قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه فى الكتاب بقوله (الا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس رضى الله عنهم

(قال المصنف ولا باس بان يربط الرجل فى أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) أقول قال العلامة الزيلعى الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهى خيط كان يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهى عنه وذكر فى حدود الايمان أنه كفر انتهى *(فصل فى الوطء والنظر واللمس)* (قوله فالاولى على أربعة أقسام نظره الى الاجنبية الحرة) أقول الاولى أن يقول الى من لا يحل من الاجنبية الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعنى فسر قوله تعالى ما ظهر

تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال أخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر الى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على أنه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام

منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن أمته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة الا باذنها وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب أن يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل أيضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التاخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على أربعة أقسام أيضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير فبدأ في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى (قوله قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفيها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره أقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شئ منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح أيضا اذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفيها منها ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا أشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي أن فاطمة رضي

الى المرأة والمرأة الى الرجل والرجل الى المرأة أما نظر الرجل الى المرأة فاربعة فصول نظر الرجل الى زوجته ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الحرة الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم أي موضعهما وهو الوجه والكف وكذا المراد بالزينة المذكورة موضعها اطلاقا لاسم الحال على المحل فيها وقالت عائشة رضي الله عنها المراد من قوله تعالى الا ما ظهر منها احدى عينيها وقال ابن مسعود رضي الله عنه المراد منه خفها وملابسها واستدل ابن مسعود رضي الله عنه بقوله عليه السلام والنساء حبائل الشيطان بهن يصيد الرجال وقال ما تركت بعدي فتنة أضر على الرجال من النساء وجرى في مجلسه عليه السلام يوما ما خير ما للرجال من النساء وما خير ما للنساء من الرجال فلما رجع علي الى بيته أخبر فاطمة رضي الله عنها فقالت خير ما للرجال من النساء ان لا يرونهن وخير ما للنساء من الرجال ان لا يرينهم فلما سمع أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال هي بضعة مني فدل انه لا يباح النظر الى شئ من بدنها ولان حرمة النظر لخوف الفتنة وعامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة في النظر الى وجهها أكثر منه الى سائر الاعضاء

من

بالكحل والخاتم والمراد موضعهما وقوله (ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآنك الرصاص وقوله (فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة

(قال المصنف فاذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول تتميم للحديث فان الحديث انما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الامن هنا وشتان ما بينهما فضم ذلك اليه ليتم التقريب

من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا

الله عنه المناولات أحد ابنيها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كانها فلقة قمر أي قطعته فدل على أنه لا بأس بالنظر الى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمسهما انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم الباس بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم الباس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كذا ذكر في المحيط وغيره وما روي عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلا عن الائمة والمشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها أما اذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية أقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هنالك اذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بان يامن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس الى مسها في تلك الصورة قلت ان لم تتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنها ذلك في كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا أمن على نفسه وعليها تامل تقف (قوله وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها محل تامل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

وبنحو هذا تستدل عائشة رضي الله عنها ولكنها تقول هي لا تجد بدا من ان تمشي في الطريق ولا بد من أن تفتح احدى عينيها لتبصر الطريق فيجوز لها ان تكشف احدى عينيها لهذه الضرورة والثابت بالضرورة لا تعدو موضع الضرورة ولكنا ناخذ بقول علي وابن عباس رضي الله عنهم فقد جاءت الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفها من ذلك ما روي ان امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها فلم ير فيها رغبة ولما قال عمر رضي الله عنه في خطبته الا لا تغالوا في صدقة النساء فانها لو كانت مكرمة أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فوالله ما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته أكثر من أربعمائة أوقية ونش فقامت سفعاء الخدين وقالت أنت تقوله برأيك أم سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا نجد في كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول قال الله تعالى وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا فبكى عمر رضي الله عنه فقال كل الناس أفقه من عمر حتى النساء في البيوت فذكر الراوي انها كانت سفعاء

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق قاله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن

فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهي) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان

(قوله فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم تحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين وقد يتورد ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالي ههنا اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حد بين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا

الحديث وفي هذا انها كانت مسفرة عن وجهها ولما ناولت فاطمة رضي الله عنها أحد ولديها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها فلقة قمر فدل انه لا بأس بالنظر الى الوجه والكف وأما خوف الفتنة فيكون بالنظر الى ثيابها أيضا وأما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قيل المراد امرأة تدعو النفس الى مسها دل عليه ما روي عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم الصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لانه ليس لبدنها حكم العورة ولا في النظر والمس خوف الفتنة (قوله تحرزا عما يمكنه التحرز عنه) لانه ان لم يمكنه التحرز فعلا فقد أمكنه التحرز منه قلبا فصار كمسئلة التترس بصبيان المسلمين (قوله بخلاف حالة الاداء) فقد التزم هذه الامانة بالتحمل وهو متعين لادائها (قوله أبصرها) قال عليه السلام لمغيرة بن شعبة لما أراد ان يتزوج امرأة أبصرها فانه أي الابصار أحرى ان يؤدم بينكما أي أولى بالاصلاح وايقاع الالفة والوفاق بينكما هكذا رواية المبسوط وأما رواية الفائق فان النبي عليه السلام قال للمغيرة بن شعبة خطب امرأة لو نظرت اليها فانه أحرى ان يؤدم بينكما الادم والايدام الاصلاح والتوفيق من أدم الطعام وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم (قوله كنظر الخافضة والختان) يعني انهما ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركها

يتزوج امرأة (والخافضة للجارية كالختان للغلام) يعني أن الخافضة والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر الى موضعه

(قال المصنف والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفي بان يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى أن الشاب اذا كان لا يشتهي أن يمس العجوز فالعجوز تشتهي أن تمس الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدي الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتهاء من أحد الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي أن يمس الصغير لا يشتهي الصغير أيضا أن يمسه لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خبير بأنه يجيء ما يخالفه ظاهرا في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الخنثى من من

الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة فاذا اشتهى قيل يباح) أقول لعل المراد اذا خاف الاشتهاء

(قال وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله ان السرة أحد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا

من الرجل) لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لانه أمارة المرض قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

يعني كون الستر أفضل يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها الا فيما سواها فان الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هنالك أيضا فكفى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التهتك فمن أراد أن ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أي من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بان ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها بناء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتي في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره (قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة أحد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة عندهما

وهو مكرمة في حق النساء أيضا الخفض للجارية كالختن للغلام وجارية مخفوضة أي مختونة (قوله وكذا للهزال الفاحش) اذا قيل له ان الحقنة تزيل ما بك من الهزال فلا بأس بان يبدي ذلك الموضع للمحتقن على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل (قوله معتمدا فيه العادة) أي لتعامل العمال وغيرهم في الابداء عن ذلك الموضع وفي النزع عن الظاهرة حرج

التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معتبر بها) أي بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قيل عطف الشافعي) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكماري) أقول بفتح الكاف

وأبدى الحسن بن على رضى الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه وقال لجرهد وار فخذك أما علمت أن الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف

كانه وقع سهو الوجهين أحدهما ماذكرنا من تعليل أبى عصمة فى اثبات أن السرة عورة بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعى لا يقول بكون الركبة عورة والثانى أن الشافعى علل فى اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل فى المحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه وردعليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعى على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل فى هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابى عصمة وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء اه أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر أصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه فبقى الاشكال فى العطف الواقع فى كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فأقول فى الجواب القاطع لعرق الاشكال أن فى السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى احداها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفى كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر فى وجيز الشافعية والثالثة أنهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الاخيرتين وقال للاولى منهما وهذا أصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعى فى اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله فى الرواية الثانية وهذا لا ينافى اشتراكه مع أبى عصمة فى قوله الآخر الواقع فى الرواية الثالثة عنه بل لا ينافى أيضا اشتراكه معه فى تعليله بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور فى العطف المذكور أصلا تامل تقف (قوله وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة) هذا جواب عن قول أبى عصمة والشافعى أخرجه أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت أمشى مع الحسن بن على رضى الله عنهما فى بعض طرق المدينة فلقينا أبو هريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العينى بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفى معجم الطبرانى خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكسى حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق أن أبا هريرة لقى الحسن بن على رضى الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ما ذكره العينى قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط فى استخراج ما رواه الطبرانى فى معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعنى أن وضع أبى هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافى تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه أيضا كلامه التسليمى يعنى لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبرانى لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن على يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال فى الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر فى الحكاية عن الاثنين ادخال

وقوله (وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما) جواب عن قول أبى عصمة والشافعى رحمهما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولان الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقى ظاهر

الفخذ

الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج (وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس) لانهما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة فى النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفى كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ فان كان فى قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهى أو شكت فى ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة فى الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق فى جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

الفاء عند الاذ قال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما فى قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبرانى ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سرته فى رواية الطبرانى التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر أن وجه الاجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليهما اذا أمن الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسهما وان أمن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنهما سواء فيما لم يرد النص على خلاف ذلك كما فى الصورة المارة فان النبى صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة فما ذكره ههنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافى بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذى نحن فيه أقول ليس الامر كذلك فى الظاهر اذ الظاهر أن المراد بالقسم الذى نحن فيه هو الذى ذكر قبيل هذه المسئلة أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذى ذكره ههنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور فى صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذى نحن فيه هو القسم الاول المذكور فى صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل فى خلالها الاقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان فى عهدته الآن بيان ما بقى منه فبهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذى نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن فى تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثانى كان أولى أقول ليس هذا بشئ اذ لا يخفى على ذى مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفراده وان كان غير معين فالاولى أن يعرف الرجل فى الموضعين معا تعريف الجنس لا أن ينكر الثانى ولا الاول تامل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

(قوله لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة) لانه غير ناظر اليها حقيقة واعتبارا لعدم غلبة الشهوة (قوله وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن) أى فى الحمام

للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذى نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أى فرق ما ذكر فى الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما وان أبا حنيفة جوز الصلاة فى السفينة قاعدا لان دوار الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة فى الجانبين فى جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفى جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض أنه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما فى نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة

(قوله عكس هذا القسم الذى نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثانى فى ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الغرض أنه لم ينظر) أقول فى

قال صاحب النهاية أى فى الحمام وهذا دليل على أنهن لا يمنعن عن الدخول فى الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر فى جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من (٤٦٦) دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا أحوج من الرجل و يتمكن الرجل من الاغتسال فى الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار فى المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعنى لا ينظر الى ظهرها و بطنها وفخذها كما سياتى قال المصنف رحمه الله (والاول أصح) لان نظر الجنس أخف قال (و ينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثانى من أقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح فى رعاية الترتيب فى كلام المصنف ظاهر وقيده بقوله من أمته التى تحل له لان حكم أمته المجوسية والتى هى أخته من الرضاع حكم أمة الغير فى النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفى بانتفائه والعير هو الحمار الوحشى وخصه بالذكر لان للاهلى نوع ستر من الاقتاب والثفر وقد قيل هو الاهلى أيضا وقول ابن عمر رضى الله عنهما الاولى أن ينظر يعنى وقت الوقاع روى عن أبى يوسف رحمه الله فى الامالى قال سالت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هى فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك باسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (و ينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر اقول فرض ذلك (قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

وعن أبى حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول أصح قال (و ينظر الرجل من أمته التى تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا اطلاق فى النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضى الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليكون أبلغ فى تحصيل معنى اللذة قال (و ينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها و بطنها وفخذها

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولى النهى ولم أدر كيف خفى على مثل ذلك والعجب أنه قد ابتلى بمثله فيما مر كما عرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلته فى هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح فى رعاية الترتيب فى كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبى حنيفة أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه) يعنى لا تنظر الى ظهرها و بطنها وهذا معنى قول صاحب الكافى حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها و بطنها قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يعنى لا تنظر الى ظهرها و بطنها وفخذها كما سيأتى اه أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مخل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر فى القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذى لا بد له هنا منه بيان ما يمتاز به القول الثانى عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها و بطنها أيضا وذكر الفخذ فى هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه فى القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك) قال فى الكافى بعد ذكر هذا الاصل الذى هو حديث أبى هريرة وقالت عائشة رضى الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بق لى بق لى وهو يقول بق لى بق لى ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدى صاحبه اه وقصد الشارح العينى تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضى الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن فى ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ير منى ولم أر منه اه أقول ليس شئ من كلامه المنفى والتسليمى بصحيح أما الاول فلان قولها رضى الله عنها وكنت أقول بق لى بق لى وهو يقول بق لى بق لى يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الآخر اذ المباشر أولا هو المتقدم فالتبقية وظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر وأما الثانى فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزومه ووقوعه البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدى صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبى صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافى عدم وقوعه منهما تادبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثى عائشة أصلا (قوله و ينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها و بطنها وفخذها)

(قوله من أمته التى تحل له) قيد بالحل لان اباحة النظر الى جميع بدن أمته مبنية على حل الوطء وفيما لا يحل من أمته كأمته المجوسية وأمته التى هى أخته من الرضاعة كان الحكم فى النظر كأمة الغير (قوله تجرد العير) هو

أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز أن ينظر الرجل من الرجل مطلقا أى وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرته الى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وان كانت من ذوات محارمه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط فى هذا المقام لذكر شئ مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك اه وظهر منه أيضا أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ فى الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب أن يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها و بطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها اه فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة فى افادة حرمة النظر الى ما عداه أيضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه فى حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة أيضا دلالة بالاولوية لكونهما أقوى منها فى حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قد تحمل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجىء وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجىء فتامل الى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب اذ الرحم لا يتصور فى غير النسب فلا مجال لان تكون النكتة فى حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لان النكتة فى العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم و بين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى وأما ثانيا فلان قوله و جعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجىء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجىء فى حيز المنع أما الاول فلانه قال فى المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضا وقال فى البدائع النساء فى هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة اه ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة فى مواضع متعددة انما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر فى قوله ذوات الرحم المحرم والباقى منه بمعنى الحرمة لا غير كما فى قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال فى فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها ورأسها وصدرها و بدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها و بطنها ولا الى ما بين سرتها الى أن تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع أو صهرية كزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن وأولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المرأة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهى كالاجنبية اه ولا يخفى على الفطن أيضا أن المحرم المذكور فى قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أى صاحبة حرام لان الحرام هى صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثانى فلانه انما لا يلائمه تفسيره

الحمار الوحشى وانما قيد به لان فى الاهلى نوع ستر من الاقتاب والثفر

الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعى رحمه الله فى القديم لا باس بذلك جعل حالها كحال الجنس فى النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته أنت على كظهر أمى فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهى ماذكر فى الكتاب ويدخل فى ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة

بما سيجىء لو كان مراد المصنف بما سيجىء تفسير المحرم الذى هو مفرد المحارم فى قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملاءمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثانى ويعضده تقرير صاحب المحيط فى هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق فى معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما فى مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثانى (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أى فى جواز ما جاز وعدم جواز مالم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العينى أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز مالم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهى قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها والاصل فيه العموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقى غض البصر عما وراءها مأمورا به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار فى كتابه منكرا من القول وزورا وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت كظهر أمى ولولا أن ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا فى الظهر ثبت فى البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج) قال بعض المتأخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع فى مسائل الدخول فى بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهها ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لا أنه أمر مندوب فى الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع فى أمر الدخول فى بيت الغير فانه قال وأما حكم الدخول فى بيت الغير فالداخل لا يخلو اما أن يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا أن الامر فى الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه أن الدخول فى بيت الاجنبى من غير استئذان حرام والدخول فى بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفى فى التأدى

فقلما

وقوله (والاصل فيه) أى فى جواز ما جاز وعدم جواز مالم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة فذكر الحال وأراد المحل مبالغة فى النهى عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد فى حرمة تعرض محلها وقوله (وهى ماذكر فى الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل فى ذلك أى فى مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة اما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخل والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقى كلامه واضح

فقلما اشتهى بخلاف ما وراءه الا انها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح فى الاصح لما بينا قال (ولا باس بان يمس ما جاز أن ينظر اليه منها) لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان أبيح النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب (ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها

الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا يمدح فى حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان أو سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعنى بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة كذا فى الشروح وفى عبارة بعضهم يعنى الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان فى الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العينى فى ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما أقول ليس الجواب بتام أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف كما مر فى كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبى حنيفة ومحمد وعلى قول أبى يوسف أيضا فى رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع فى حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة فى ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر فى كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتاييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فلانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء فى قول السائل فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالاولى فى الاستدلال على كون المحرم بسبب فى حكم المحرم بنسب أن يصار الى الدليل النقلى كما فعله صاحب البدائع حيث قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات المحرم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استاذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه انتهى وقال فى المبسوط بعد ماذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمة بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا

(قوله لوجود المعنيين) وهما الضرورة وقلة الرغبة فيه أى فى المحرم وهذا اشارة الى ماذكره بقوله فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة وقوله فى الاصح متعلق أو سفاح لان اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لا فى المصاهرة بالنكاح (قوله ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها) لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من السفر بدأ بها فعانقها وقبل رأسها وقال عليه السلام من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة (قوله لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام) كلمة فوق ههنا صلة فان حرمة المسافرة ثابتة فى ثلاثة أيام أيضا وكان نظير قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك

وقوله لوجود المعنيين يعنى الضرورة وقلة الرغبة فيه أى فى المحرم وقوله فى الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا رحمهم الله قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزانى لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح أنه لا باس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التابيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف فى موضعه (قال ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضى للاباحة) وهو الحاجة الى ذلك فى المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله (الا اذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا باس وكلمة فوق فى قوله عليه الصلاة والسلام فوق ثلاثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة فى ثلاثة ايام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة بهن لان فى المسافرة خلوة

(قوله لانه لما ظهرت خيانته الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

وقوله (فان احتاج الى الاركاب) أى اركاب ذوات المحارم والاصل فى ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق النظر لكنه
جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن

وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها و بطنها دون ما تحتهما اذا أمنا الشهوة فان خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (و ينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز أن ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت فى حق الاجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الاقارب وكان عمر رضى الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما فى المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها فى الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما فى المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد فى الاصل الضرورة فيهن وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولا بأس بان يمس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهى) كذا ذكره فى المختصر وأطلق أيضا فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامة لم تعرض فى ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت تشتهى و يجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد لوجود الاشتهاء قال (والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل) لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه

(قوله وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما) أقول لقائل أن يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجا فبهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله) قال الشارح العينى ههنا ايرادان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضى الله عنها

(قوله والمراد اذا لم يكن محرما) أى المراد من قوله ليس منها بسبيل اذا لم يكن محرما (قوله علاها بالدرة) أى ضرب علاوتها أى رأسها (قوله اعتبر محمد رحمه الله فى الاصل الضرورة فيهن) أى الضرورة التى لا مدفع لها وفى المحارم مجرد الحاجة اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة يعنى اذا خاف الهلاك على الامة بان كانت فى الفيافى فلو لم يكن يتركها ينقطع عن القافلة و يهلك وأما الحاجة أن تكون المرأة فى البلد أو القرية ولها حاجة أن تمشى الى المزرعة (قوله ولم يفصل) أى بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان فى النظر أو فى المس وقال رجل أراد أن يشترى جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها و ينظر الى صدرها وساقها مكشوفين (قوله واذا حاضت الامة) معناه أى بلغت اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الغالب بلوغهن بالحيض وقوله لم تعرض فى ازار واحد يعنى تؤمر بلبس القميص لان ظهرها و بطنها عورة والمراد بالازار الذى يستر بين السرة والركبة وقال محمد رحمه الله وكذلك اذا بلغت موضعا تجامع وتشتهى لان المشتهاة كالبالغة (قوله الخصاء مثلة) خصاه نزع خصيتيه يخصيه خصاء على فعال والاختصاء فى معناه خطأ وأما الخصى كما فى حديث

شهوة قطعا فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن قال (و ينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أى ضرب علاوتها وهى رأسها بالدرة وقوله (خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة) وجهه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ومن أراد أن يشترى جارية فلينظر اليها الا الى موضع المئزر وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره فى الكتاب وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعنى اذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الائمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن) يعنى التى لا مدفع لها (وفى المحارم مجرد الحاجة) أى نفس الحاجة لا الضرورة وقوله (ولا بأس بان يمس ذلك) أى المواضع التى يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهى كذا فى المختصر وأطلق فى الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشترى جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها و ينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقى واضح

يستحق

يستحق و ينزل وكذا المخنث فى الردىء من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل

وانما أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره فى كتاب الحج الثانى ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصى الى الاجنبية كالفحل الى ههنا كلامه أقول كل من ايراديه ساقط أما الاول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضى الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد أو بطريق الارسال وقد روى ذلك عن عائشة رضى الله عنها فى عامة كتب أصحابنا بطريق الارسال وتقرر فى علم الاصول أن مرسل الصحابى مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثانى والثالث وان لم يقبل عند الشافعى بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رضى الله عنها ان كان من مراسيل القرن الثانى أو الثالث فلا شك فى كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثانى فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات فى عامة المعتبرات فدلالة أثر عائشة رضى الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقى ههنا شئ وهو أنه قد ذكر فى أصول الفقه أن قول الصحابى فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لانه لا وجه له الا السماع أو الكذب والثانى منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطئ و يصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلى الذى مرجعه القياس على ما تقرر فى علم الاصول حيث قالوا ولانه فحل يجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المجبوب لانه يسحق و ينزل) قال بعض المتأخرين و يسحق بفتح الياء و ينزل بضمها أى يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير المفعول كما فعله العينى حيث قال المنى بعد قوله و ينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العينى لانه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدى منزلا منزلة اللازم للقصد الى نفس الفعل كما فى نحو قولك فلان يعطى أى يفعل الاعطاء و يوجد هذه الحقيقة على ما ذكر فى المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا اذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أى يؤخذ فى كل

الشعبى على فعل قياس وان لم نسمعه والمفعول خصى على فعيل والجمع خصيان (قوله وكذا المخنث فى الردىء من الافعال) قيد بالردىء من الافعال وهو أن يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذى فى أعضائه لين وفى لسانه تكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء ولا يكون مخنثا فى الردىء من الافعال فانه قد رخص بعض مشايخنا فى ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذى لا يشتهى النساء وقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل المراد منه الابله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء انما همته بطنه وفى هذا كلام أيضا فانه اذا كان شابا يتنحى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا قد ماتت شهوته فحينئذ يرخص فى ذلك (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه) وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم قال شمس الائمة رحمه الله ان قوله أو التابعين الخ من المتشابه وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم محكم فنأخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له أن ينظر اليها الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء وقد روى أنه كان فى بيت أم سلمة رضى الله عنها مخنث فلما

وقوله (وكذا المخنث فى الردىء من الافعال) يعنى من يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء فانه رخص بعض مشايخنا رحمهم الله فى ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذى لا يشتهى النساء وقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء انما همه بطنه وفيه كلام فانه اذا كان شابا يتنحى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم محكم نأخذ به واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل

(قال المصنف والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بمحكم كتاب الله تعالى) أقول اطلاق المحكم لعله على التشبيه

فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء أى لم يطلعوا أى لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح وقوله (والمراد بالنص الاماء) يريد بالنص قوله تعالى أو ماملكت

فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبى النظر اليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولى الشافعى لقوله تعالى أو ماملكت أيمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها) لانه عليه

واحد منها كذا فى شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام اه أقول الحق ماقاله تاج الشريعة أما أولا فلانه يصح أن يؤخذ فى كل واحد من الاصناف الثلاثة المارة أعنى الخصى والمجبوب والمخنث بحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما ذكره أولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضى فى الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ماذكر فى حيزها تلخيصا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو أريد بالضمير المجرور فى قوله يؤخذ فيه المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذى فطنة (قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة

حاصر رسول الله عليه السلام الطائف قال لعمر بن أم سلمة اذا فتح الله علينا الطائف أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال عليه السلام أو هذا لا يدخلن هؤلاء عليكم كذا فى الايضاح ومعنى قوله تقبل بأربع وتدبر بثمان المراد عكن البطن العكن جمع عكنة وهى الطى الذى يكون فى البطن من السمن أى هن أربع اذا أقبلت وثمان اذا أدبرت لان لكل عكنة طرفين الى جنبها (قوله وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم) وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لقوله تعالى أو ماملكت أيمانهن ولا يجوز أن يحمل على الاماء لانهن دخلن فى قوله أو نسائهن ولانه لا يشكل أن للامة أن تنظر الى سيدتها كالاجنبيات ولان بينهما سببا محرما للنكاح فكان كالمحرم واباحة النظر ثم لحاجة الدخول من غير استئذان واحتشام وهذا يتحقق فيما بين العبد وسيدته قلنا المراد من قوله تعالى أو نسائهن الحرائر المسلمات لانه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدى مشركة أو كتابية كذا عن ابن عباس رضى الله عنه والظاهر أنه عنى بنسائهن من فى صحبتهن من الحرائر ونساء كلهن سواء فى حل بعضهن الى بعض والمراد من قوله أو ماملكت أيمانهن الاماء كما قاله سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضى الله عنهما والموضع موضع الاشكال لان حالة الامة تقرب من حالة الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل أنه هل يباح له التكشف بين يدى أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى أو نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء وأما حرمة المناكحة بينهما على عرضة الزوال فكانت فى حقه بمنزلة منكوحة الغير أو معتدته ولان وجوب الستر عليها لمعنى خوف الفتنة وذلك موجود ههنا وانما ينعدم ذلك بالحرمة المؤبدة لان الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة وأما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الحشمة فكان ادعى الى خوف الفتنة ووجوب الستر والبلوى غير متحقق لان العبد لاستخدام خارج البيت لا داخل البيت فقد قيل من اتخذ عبد الخدمة داخل البيت فهو كشخان وهو الديوث الذى لا غيرة له (قوله كما قال سعيد)

أيمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعى رحمهما الله به (قال سعيد) أى سعيد بن المسيب أو سعيد ابن جبير قال فى النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) سمرة ابن جندب (لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور) ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا فى قوله تعالى أو ماملكت أيمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله تعالى أو نسائهن فلو حملت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبان الاماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى أو نسائهن وجب أن لا تكون مرادة من قوله تعالى أو ماملكت أيمانهن أيضا لان البيان انما يحتاج اليه فى موضع الاشكال ولا يشكل على أحد أن للامة أن تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة فلا أقل ان لا يزيد تضييقا وأجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتى فى صحبتهن لانه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يديه مشركة أو كتابية كذا عن ابن عباس رضى الله عنهما والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها والنساء كلهن فى حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله تعالى أو ماملكت أيمانهن الاماء وعن الثانى بأن حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدى أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله أو نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقى واضح والله أعلم

(قوله أى لم يطلعوا) أقول فقوله لم يظهروا من الظهور بمعنى الاطلاع (قوله ليتناول السعيدين) أقول فيلزم الجمع بين معنى المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد فى قال سعيد (قوله فلو دخلوا فى قوله تعالى أو ماملكت أيمانهن لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ماذكره لزم التعارض بين قوله قل للمؤمنين الآية وبين قوله الا لبعولتهن الآية تأمل فالجواب بانه

السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير فى الجب والعنة ولا حق للامة فى الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

ليصح تناوله للسعيدين على ماروينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح فى هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال أراد به سعيد بن المسيب لماذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم فى شرحه انما أطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون للمشترك عموم فى موضع الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول فى قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازانى فى التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذى لا يجوز عندنا دون الشافعى انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول فى اطلاق واحد كما تقرر فى علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح العينى بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ماوضع لمعان انتهى أقول كلا دخليه ليس بشئ أما الاول فلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد ابن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة فى سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق وأما الثانى فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره فى علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ماوضع لمعان لا يجدى شيأ لانه ان أراد بالمعانى ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق فى العلم المشترك أيضا بلا ريب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة فى معنى المشترك فان المشترك ماوضع لمتعدد بوضع متعدد أى شئ كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر فى العلم المشترك كذلك فانه لا يتناول مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف فى موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا فى قوله عز وجل أو ماملكت أيمانهن لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث أيضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن فان مقتضى ماذكره أن لا تدخل الاماء أيضا فى قوله عز وجل أو ماملكت أيمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ثانيا فلان اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم دخولهم فى جانب الغاضين من أبصارهم لا فى جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذى منع النظر اليه فان كلمة من فى قوله تعالى من أبصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة فى حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من المماليك فى قوله تعالى أو ماملكت أيمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلا وانما يلزم أن تكون احدى الآيتين مبينة لما فى الآية الاخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ماملكت أيمانهن على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينة

أطلق اسم السعيد ولم يقيد بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ماذكرنا والمراد من قوله وغيرهما سمرة بن

مستثنى الجواب

ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه فى النكاح *(فصل فى الاستبراء وغيره)*
قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها)

للاجمال الواقع فى الآية الاخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه فى النكاح) يعنى قوله واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى عند أبى حنيفة رحمه الله وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن اليها قال فى البدائع وجه قولهما أن لها حقا فى قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز البخس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول أبى حنيفة أن الكراهية فى الحرة لمكان خوف فوت الولد الذى لها فيه حق والحق ههنا فى الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها فى العزل لا فيه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضى أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة فى الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين أن الوجه فى أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال فكذا فى العزل تدبر

(فصل فى الاستبراء وغيره) قال الشراح أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهى عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانهم ما قالوا الان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فأخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فانى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق فى ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية وأما الثانى فلان مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء لان النهى عن المس اذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغى أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالا كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالا ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما فى مسئلة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الانزال أخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء فى الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفى العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور فى عنوان الفصل السابق أيضا ما فى ضمن تلك المسئلة

(فصل فى الاستبراء وغيره) أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية أى طلب براءة رحمها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبى صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

(فصل فى الاستبراء وغيره) (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهى عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أى مقيد بزمان

جندب فانه كان يقول كقول السعيد بن ذكره فى التيسير (قوله ولو كانت تحته أمة غيره) فقد ذكرناها فى النكاح وهو قوله اذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى عند أبى حنيفة رحمه الله وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها الى آخره

(فصل فى الاستبراء وغيره) استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاثة مراحل من مكة كانت به وقعة النبى عليه السلام (قوله حتى يستبرئن الصواب بالهمزة) كذا فى المغرب

والاصل

أما وجوبه فبحديث سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع أبلغ نهى مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وأما علته فهى ارادة الوطء فانه لا يحل الا فى محل فارغ فيوجب معرفة فراغه وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى الخ) أقول جمع الحائل وهى التى لا حبل لها وقيل انما قال الحيالى لتزاوج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل ونظيره الغدايا والعشايا كذا فى شرح السكاكى والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تامل فى مدخلية هذا القيد فى افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الا أن يقال لولم يوجد ذلك لكان النهى لتاكيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لا يكون الا للوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص)

والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب فى المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه

كما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول فى اطلاق هذه المسئلة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شئ من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا فى حيلة الاستبراء مع أن كلا من هاتيك الصور داخلة فى اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص) قال بعض الفضلاء فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية فى مورد النص فى استحداث الملك واليد فالمعنى لانه أى استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية فى مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبى كما لا يخفى على من تامل فى تقرير المصنف فى بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبى فى السببية بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها فى العلة لانه لو اعتبر ذلك انسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها ملوكة رقبة ويدا وهو المؤثر كما ذكر فى الكتاب اهـ ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضا فان علة الاستبراء هى ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشترى لا على البائع كما سيأتى فى الكتاب فمن أين كان استبراء المملك قبل مباشرته السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافى وجوب الاستبراء على المملك بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فان مجرد توهمه كاف فى وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى فى الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون

(قوله أفاد وجوب الاستبراء على المولى) لان النهى عن الوطء مع الملك وهو المطلق الحاصر يدل على وجوب الاستبراء لانه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه والنفى أبلغ عن النهى (قوله وهو استحداث الملك واليد) لانه هو الموجود فى مورد النص يعنى أن الموجود فى مورد النص وهو قوله الا لا توطأ الحبالى ليس الا استحداث الملك واليد فيكون هو السبب ولما منع الشرع عن الوطء مع الملك لا يخلو عن حكمة وهى صيانة الماء عن الخلط بماء غيره ولا يجوز أن تكون الحكمة موجبة لان الحكمة معقبة والعلة سابقة وذكر فخر الاسلام البزدوى رحمه الله فى المبسوط أن علة وجوب الاستبراء ارادة الوطء فانه متى أراد الوطء ولا يحل له الا فى محل فارغ يجب عليه أن يتعرف براءة الرحم حتى لا يصير ساقيا ماءه زرع غيره وفيه حكمة صيانة الولد غير أن ارادة الوطء لا يتوقف عليها حقيقة فيدار الحكم على التمكن من الوطء فاقيم التمكن من الوطء مقام ارادة الوطء

أقول فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتامل

الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشترى لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه

انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر فى باب التدبير والاستيلاد فكيف بنوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه اه أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور فى قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقى بل المراد به هو الاختلاط الحكمى وهو أن لا يتبين أن الولد من أى ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافى فى تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدرى أنه منه أو من غيره اه والذى ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان فى مرجع ضمير هو فى قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد افترقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره اه أقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر فى حقيقة الشغل بماء محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على أنه لم يذكر ما يصحح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وأن قياس اه أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشترى نسب الولد الذى جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف فى محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل وأقول فى حل المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مذكور قبله فالمعنى وهو أى الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف فى علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة من قبل فى ملك الغير نكاحا أو يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا فى الحلال اه كلامه ووافقه فى أثره صاحب العناية فى خلاصة هذا التوجيه حيث قال فى بيان ماء محترم بان لا يكون من بغى وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح اه وسلك بعض المتأخرين فى توجيه التقييد بماء محترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغى لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق

وذلك لا يتحقق بنفس الملك انما يتحقق بالملك والقبض فان قيل ارادة الصلاة سبب لوجوب الطهارة فلم لا كان ارادة الصلاة متحققة لفرضية الصلاة ولا كذلك ارادة الوطء ولا يقال الموجب كونه امسية لان فى جعله علة سد باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص (قوله بماء محترم) وهو أن يكون الولد ثابت النسب انما قيده بماء محترم وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها قبل الاستبراء اخراجا للكلام بمخرج أوضاع الشرع تنبيها على أنه لا ينبغى أن يكون الا ما هو مشروع وحسن هذا نظير قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها والحكم فى العمد كذلك الا أن الظاهر من حال المسلم أن

بماء محترم بان لا يكون من بغى وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أى الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وأن قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعى (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله حملا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك وقوله ولتاخرها عنه) أقول ولبطء منها

غير

غير ان الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم

الزنا فجوازه مع احتماله أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطؤها لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطئها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذى سبق فى كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما فى الشراء ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف فى وجوب الاستبراء فى الشراء مطلقا وانما الخلاف فى الاستبراء فى نكاح المزنية والكلام ههنا فى الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلا والثانى ان قوله فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء فى باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف فى كل جارية مملوكة وان كان مراده أنه اذا جاز وطؤها بلا استبراء فى صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى فى تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله فى دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك الشغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام فى قول المصنف بماء محترم قيدا لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل مع أن الظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا للمجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال فى شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب وهو أى احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهما أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب اه فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فى الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء فى الجارية الحامل من الزنا أيضا مع عدم احترام الماء فيها فانتقض به التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية فى بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه وقال ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى انتهى أقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام أما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء والمنع عن الشئ انما يكون عند القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة فى بيان ان الاستبراء يجب على المشترى لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطء والنهى انما يستقيم عند تمكن الوطء والتمكن للمشترى لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثانى فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن

لا تفوته الصلاة عمدا ولا ينبغى أن لا يكون كذلك فلهذا قيد بالنوم والنسيان فكذلك ههنا (قوله والخلع والكتابة) بان جعل الامة بدل الخلع أو بدل الكتابة (قوله وغير ذلك) بان يملكها بصدقة أو بجناية دفعت

وأما العلة ههنا فكذلك لان الارادة أمر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطء فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا فى المسببية ثم تعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت الامة بدلا فيها فان قيل الوجوب ورد فى المسببية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها فالجواب أن غيرها فى معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة

(قال المصنف وأدير الحكم عليه) أقول وجودا وعدما كما يجىء فى هذه الصحيفة (قوله فان صحيح المزاج اذا تمكن منه الخ) أقول فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى

واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشترى من مال الصبي بان باع أبوه أو وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعاً فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له فى التجارة وممن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعاً أو ورثها وهى موطوءة أبيه وكذا اذا

الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشترى من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لابى يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت فى يد المشترى ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحاً لما قلنا (ويجب فى جارية للمشترى فيها شقص فاشترى الباقى) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها بعد القبض وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما فى حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة) أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو

الشرعى والظاهر أن التمكن الشرعى مما هو محرم شرعاً غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد أن يكون دليلها أيضاً متقدماً عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبعى لزم أن يتمكن من المحرم الشرعى تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمل (قوله وكذا يجب على المشترى من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها) وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد واعترض عليه صدر

اليه حيث يجب على ولى الجناية الاستبراء (قوله وكذلك يجب على المشترى من مال الصبي) بان باعها أبوه أو وصيه (قوله والمملوك) بان اشترى من العبد المأذون أو المكاتب فان اشتراها المولى من عبد له تاجر يجب عليه الاستبراء عند أبى حنيفة رحمه الله فى جواب الاستحسان وصورة ذلك ما ذكر فى المبسوط فان اشتراها من عبد له تاجر فلا استبراء عليه ان كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لان المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكتفى بذلك من الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت فى يد الوكيل حيضة فان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما فى يده فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى فى كسبه ولهذا لو أعتقه جاز عتقه فاما عند أبى حنيفة رحمه الله ففى القياس كذلك لان العبد ليس من أهل أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء أيضاً بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ما صار المولى أحق بها يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لانه قبل الشراء كان لا يملك رقبتها عنده حتى اذا أعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها (قوله وممن لا يحل له وطؤها) بان كانت الجارية أخت البائع من الرضاع أو كان البائع وطئ أمها أو وطئها أبوه أو ابنه (قوله فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل) أما فى حق المكاتب والمأذون فظاهر وكذا اذا كانت بكراً لان الشغل بالبكارة محتمل أما اذا كانت لصغير أو لامرأة فتوهم الشاغل ثابت أيضاً بنكاح أو سفاح (قوله خلافاً لابى يوسف رحمه الله) فان عنده يجتزأ بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم كما لو طلقها قبل الدخول لا تجب العدة لذلك (قوله ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة) أى فيما اذا أبقت ولم تخرج من دار الاسلام وأما لو أبقت ودخلت دار الحرب ثم أخرجت الى دار الاسلام بغنيمة

كانت بكراً لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها وقال أبو يوسف رحمه الله يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتى حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها أى بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب لان السبب استحداث الملك واليد وهى انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب (ولا يجب الاستبراء على الآبقة) يعنى التى أبقت فى دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان أبقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم

قوله وقال أبو يوسف يجتزأ بها) أقول الاولى تأخيره عن قوله ولا بالولادة (قوله اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك الخ) أقول فان قيل المشترى شراء فاسداً يملك بالقبض على ما مر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد استحداث الملك الصحيح

سبب

سبب متعين فادير الحكم عليه وجوداً وعدماً ولها نظائر كثيرة كتبناها فى كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعى لافضائها اليه أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها لانه لا يحتمل الوقوع فى غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق فى الدواعى لا يفضى الى الوطء والرغبة فى المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضى اليه

الشريعة فى شرح الوقاية وأجاب حيث قال يرد عليه أن الحكمة لا تراعى فى كل فرد ولكن تراعى فى الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكراً أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغى أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن فى هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة فان السبايا لا تخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبى صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم فى السبى على العموم ثبت فى سائر أسباب الملك كذلك قياساً فان العلة معلومة ثم تأيد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت فى البكر وفى المشرية ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما فى الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما فى الثانية فلما ذكر فى الكافى من أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره ورد الجواب الذى ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاماً بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة فى الانواع ليتم الحكم تلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اه أقول ليس هذا بشئ فان شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثانى تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافى ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعى فى كل حكم شرعى مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جداً فان مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عده أساطين الفقهاء حكمة فى هذه المسئلة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم أقول بقى شئ آخر فى جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فاذا ثبت الحكم فى السبى على العموم ثبت فى سائر أسباب الملك كذلك قياساً ليس بتام فان النص ورد فى المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به فى العناية وغيرها وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولاً عن سنن القياس كما عرف فى علم الاصول فأنى يتيسر اثبات الحكم فى سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياساً

أو بشراء وأخذها المولى قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجب عليه الاستبراء وقال صاحباه يجب كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله ولها نظائر كثيرة) منها اذا كاتب أمة ثم عجزت وردت فى الرق لا يلزمه الاستبراء وكذلك اذا باعها على انه بالخيار ثلاثة أيام وسلم الى المشترى ثم أبطل البيع فى مدة الخيار ومنها لا يلزمه الاستبراء اذا أودعها ثم استردها وكذا اذا أعارها ثم استردها (قوله وعنه شهران وخمسة أيام) كان يقول أولاً أربعة أشهر وعشرة أيام اعتباراً بعدة الوفاة فى الحرة ثم رجع وقال شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة وفاة الامة وعليه الفتوى لانه متى صلحت هذه المدة للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح فى الاماء فلان يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه أولى

ملكوها وقوله (حرم الداوعى لافضائها اليه) أى الى الوطء كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطؤها وحرم دواعيه لافضائها اليه

قوله (ولم يذكر الدواعى فى المسبية) يعنى فى ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل هي المسبيه الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء

ولم يذكر الدواعى فى المسبية وعن محمد أنها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها فى غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربى بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الاشهر بالشهر) لانه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى أثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست

فان الشرط المذكور منتف فى الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر الدواعى فى المسبية وعن محمد أنها لا تحرم) قال فى العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهى المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور فى الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف فى موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثانى أن ما دل على حرمة الدواعى فى غير المسبية أمران الافضاء والوقوع فى غير الملك فان لم تحرم بالثانى فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعى وأكثر الفقهاء فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان فى غيرها أمران تعاضدا اعتبرت الى هنا لفظ العناية أقول فى قوله فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافى اعتبارها ولا تضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد فى خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفى فى المسائل الخلافية بل نرى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا فى تعليل حرمة الدواعى قبل الاستبراء فى غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها فى ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا فى تعليل حرمة الدواعى فى كثير من المسائل بالعلة الاولى كما فى الظهار والاعتكاف والاحرام وفى المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما سيجىء فى الكتاب هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الاصول والاستناد بانه يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان لذلك البعض فى هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العينى أقول

بطوها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضى مدة تدل بحامل

الدليل المذكور فى الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف فى موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثانى أن ما دل على حرمة الدواعى فى غير المسبية أمران الافضاء والوقوع فى غير الملك فان لم تحرم بالثانى فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا أن حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعى وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان فى غيرها أمران تعاضدا اعتبرت قوله (على ما بينا) اشارة الى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (فان ارتفع حيضها) أى امتد طهرها فى أوان الحيض

قوله ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل أقول لم لا يجوز مثل ذلك فى القياس فانه يكون بدليل آخر وليس بتغيير ليستلزم فقدان شرط القياس فليتأمل (قوله وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة الخ) أقول بل اشارة الى قوله ولاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور

بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامة فى الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبى حنيفة قال (ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول أبى يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشترى قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض

هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحدة منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بينا اشارة الى قوله أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها لا يحتمل وقوعها فى ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربى اه (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قد سها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن ولعمرى ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال بعض المتأخرين أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان فى فتاواه فى تصوير المسئلة اذا أراد أن يشترى الجارية يتزوجها المشترى قبل الشراء اذا لم يكن فى نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشترى فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه وليس بتام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا فى هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط البرهانى وان لم تكن تحت المشترى حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة أخرى وهى أن يتزوجها المشترى قبل الشراء ثم يشتريها أو يقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان النكاح يثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهى فى فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعى على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانيا فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له لا يوجب الاستبراء بل يقتضى سقوط الاستبراء ألا يرى الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تأمل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافى سلك طريقة المصنف ولم

(قوله ممن يوثق به) لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فلا يحصل المقصود وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله واذا اشترى جارية وأراد أن يزوجها قبل القبض وخاف أنه لو زوجها من عبده أو أجنبى ربما لا يطلقها الزوج فالحيلة له أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء

على أن الحبل لو كان ظهر وليس فيها تقديره فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر فى الكتاب الخ قيل والاول أصح وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل فى ذلك غالبا وقوله (ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها) لف ونشر يعنى يشتريها ويقبضها اذ زوجها البائع أو يقبضها اذا زوجها المشترى قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة فى تمشية هذه الحيلة أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشترى الاستبراء اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء

الحبل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله اشارة الى ما ذكره كما لا يخفى

اذالم يكن فرجها حلالاله لايجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطء الى أن يكفر حرم الدواعى للافضاء اليه لان الاصل أن سبب الحرام حرام كما فى الاعتكاف والاحرام وفى المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا وأكثر العمر نفلا ففى المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناه لقصور مدده وقد صح أن النبي عليه السلام كان

يلتفت الى هذا الشرط الا أنه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به وتمثل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء فى الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهى فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعى على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالاله بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لانسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالاله بالنكاح الا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشترى مالم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير فى اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كاف فى وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالاله بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشئ يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ماذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده فى خاتمة كلامه ليس بشئ فانه ان أراد بقوله وحكم الشئ يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أى يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تأخر حكم الشئ عن الشئ زمانا ممنوع ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشئ متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية أى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام فى كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أى قريب شطر عمرها وهو الثلث أو المراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعى علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذى استدل به الشافعى علينا هو قوله عليه السلام فى نقصان دين المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لاتصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر فى الحديث حقيقته لان فى عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض فى شئ من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك أنه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهرى فى صحاحه والمطرزى فى المغرب لا يتقوى استدلال الشافعى علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم

(قوله كما اذا كانت معتدة الغير) يعنى اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لايجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا له حتى اذا لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجدد السبب (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) أى قريبا من شطر عمرها

وقوله (اذالم يكن فرجها حلالاله لايجب الاستبراء) لان القبض اذ ذاك ليس بمكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ألا ترى أن تزويج المشترى وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله (كما اذا كانت معتدة الغير) يعنى اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لايجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشترى فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة فى الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق فى الاستبراء الى حرمة الدواعى وفى هذه المسئلة حرمة الدواعى ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره وقوله (لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال فى النهاية أى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام فى كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر وفيه

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنها من مسائل باب الظهار

يقبل

يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لايجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها) وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لايجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لايجوز الجمع بينهما فى الدواعى لاطلاق النص ولان الدواعى الى الوطء بمنزلة الوطء فى التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكأنه

يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة اياها كما بينوا بل لابد وأن يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية ههنا أيضا فكأن صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال فى هذا المقام وشطر الشئ نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثانى دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر فكأنه زعم أن الشطر لايجىء الا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لان مجىء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشئ وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أى بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعى فى أن يكون الشطر حقيقة فى معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم أنه حقيقة فى معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض فى بعض عمرها لا يقتضى الحرج فى المنع عن الدواعى أيضا حالة الحيض وانما الذى يقتضى الحرج فى ذلك تحقق الحيض فى نصف عمرها أو فى قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضى الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع فى عبارة المصنف ههنا على النصف وأوله بالقريب من النصف ليوافق مذهبنا فى أكثر مدة الحيض (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لايجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة فان قلت الاصل فى الدلائل الجمع وأمكن ههنا بان يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذى يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضا ولان قوله أو ما ملكت أيمانكم مخصوص اجماعا فان أمه وأخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ماليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العينى أقول فى كل من وجهى الجواب نظر أما فى الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير أن يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيها أيضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتام اذ قد تقرر فى أصول الفقه أن عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن افادة عموم قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالاشارة فيلزم أن يترك بهما دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى

وهو عشرة أيام فى كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين) ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم كان فى هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلى رضى الله عنهما فكان عثمان رضى الله عنه يقول أحلتهما آية يعنى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعنى قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان يتوقف فيه وكان على رضى الله عنه يرجح المحرم لانه ان كان المراد الجمع بينهما وطأ فهو نص خاص وان كان الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فأخذنا بقول على رضى الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الاباحة فان قيل الاصل فى الدلائل الجمع وأمكن ههنا بان يحمل قوله تعالى وان تجمعوا على النكاح

نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعى رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه أما ان قبلهما أولم يقبلهما أو قبل احداهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل ويطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احداهما كان له أن يطأ المقبلة دون الاخرى وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لايكون معتبرا فالحكم ما ذكره فى الكتاب وهو مذهب على رضى الله عنه عملا باطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضى الله عنه يقول أحلتهما آية يعنى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعنى قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والاصل فى الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله (ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) لا يقال يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما

وطئهما ولو وطئهما فليس له أن يجامع احداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة أو نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا أن يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله ورهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا يباح

قاعدة الاصول وأما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متأخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتأمل (قوله وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اى اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة اما في الوصية والميراث فلان تمليك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح فان شيأ من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على ان نفس التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله او يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا (قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب اذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا ههنا زائدة أي مستدركة لا أنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وككون اعتاق البعض من احداهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق أي كاعتاق الكل فحينئذ يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها هو التشبيه أيضا بما قبله فكأنه قال وأيضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله ورهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر

وقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلنا المعنى الذي حرم الجمع بين الاختين نكاحا موجود ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم ههنا أيضا ولان قوله أو ما ملكت أيمانكم مخصوص بالاجماع فان أمه وأخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا تعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع (قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا) أي في أنه يحل وطء الاخرى وفي المبسوط هذا الجواب في الكتابة مشكل لانها بالكتابة

نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح قوله (وكذا الكتابة كالاعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يحل وطء الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الاخرى وأجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الاخرى

وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح وعن عطاء أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال أول من عانق ابراهيم الخليل صلوات الله عليه كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل

له وطء الاخرى الا أن يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احداهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهما بمنزلة الاختين فيما ذكرناه قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي أن النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد أما اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

في التعليل هنا أن يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضا ههنا فيما قبل مع أنه اذا كاتب احداهما تحل له الاخرى كما مر آنفا وحمل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روي أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل) قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكاعم المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكاعمة أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشيء لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم منه أن يلازم المكامعة والمعانقة في الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احداهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء عن أن الكلام في المعانقة والظاهر أن ما نهي من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة في القاموس كامعه ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح أما قوله بناء على أن

لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها فكان وطؤه اياها في غير ملكه حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة فجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحل له أن يطأ الاخرى (قوله ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وعن سفيان رحمه الله قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه قال الصدر الشهيد رحمه الله هو المختار وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه

الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروي عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في ازار واحد أو كان عليه جبة أو قميص فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الاولى ما ذكره الشيخ

(فصل في البيع) قال (ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة

الكلام في المعانقة تعليلا لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل أطلقوها قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا سترة بينهما اه وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا سترة بينهما اه وقال المطرزي في المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة أي عن ملاثمة الرجل الرجل لا سترة بينهما ومضاجعته اياه في ثوب واحد لا سترة بينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا حكاه الازهري والجوهري اه وأما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع أيضا اذ لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا سترة بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد أصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له في التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن أين يحصل الرد عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاسد قوله التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان والله سبحانه وتعالى المستعان

(فصل في البيع) قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا الا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم اه أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق

اذا اتى غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد رحمه الله انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وأما القيام لتعظيم الغير فعن الشيخ أبي القاسم الحكيم انه كان اذا دخل أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطمع الفقراء وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام والله أعلم بالصواب

(فصل في البيع)

(قوله ولا باس ببيع السرقين) روى أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه كان يعز أرضه بنفسه ويقول مكيل غير مكتل عر الارض اذا أصلحها بالعرة وهي السرقين (قوله ويكره بيع العذرة) وهي رجيع الآدمي قال الشيخ أبو منصور رحمه الله كل ما انفصل من الآدمي لا يجوز الانتفاع به نحو الظفر والشعر والعذرة وما انفصل من غير الآدمي من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به (قوله لا بغير المخلوط في الصحيح) وعن أبي

قال

(فصل في البيع) أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا الا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال (ولا باس ببيع السرقين) كلامه واضح وقوله (في الصحيح) احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة

(فصل في البيع)

قال (ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه أن يبتاعها ويطأها) لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

بالتقديم اه ذه في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا اذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولوجاهته اه واقتفى أثره العيني وقد سبقهما الى مأخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروءته اه أقول لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشئ من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشئ لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلا كما تحققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن المخبر اذا كان فاسقا أو مستورا نظر فيه فان كان أكبر رأيه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به أن المخبر اذا كان فاسقا أو مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان أو بالغا حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا جاز أن يعتمد على قوله اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروءته فلا منافاة بين

حنيفة رحمه الله انه لا باس بالانتفاع بالعذرة الخالصة (قوله لانه أخبر بخبر صحيح) أي صادر عن عقل وتمييز (قوله على أي وصف كان) أي بعد ان كان مميزا عاقلا سواء كان حرا أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة (قوله لما مر من قبل) أي في فصل الاكل والشرب في ومن أرسل أجيرا له مجوسيا وتأويل قوله بعد هذا وهذا اذا كان ثقة يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسقا صادق القول

يجوز وقوله (على أي وصف كان) يعني حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اى وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته

(قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم ان يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ألا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينها وبين الديانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا باكبر الرأي على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات باكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث يشترط التحري فتامل (قوله أجيب بان معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشئ من ذلك

عدم اشتراط العدالة كما دل عليه قوله على أى وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثانى أعم من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلى صاحبها بيعها الا الى قبول قول الواحد فى المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا أن قبوله يكون مع ضميمة التحرى الموافق الى هنا كلامه أقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافى قول المصنف رحمه الله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثانى أن قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا فى عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه الجمع بين النقيضين اللهم الا أن يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثانى أعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثانى من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلى صاحبها الا الى قبول قول الواحد فى المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره عللوا كونه فى سعة من أن يبتاعها أو يطأها بكون قول الواحد فى المعاملات مقبولا على أى وصف كان فلو كان الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثانى لما صح تعليل الاول بالثانى ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلى صاحبها لا الى قبول قول الواحد فى المعاملات اذ لا شك أن قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم فى المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير اليه بلفظ هذا فى المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة أيضا ويكون قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة صريحا فى ذلك يناقض قوله فى صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أى وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض فى هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر) قالت تعليله بقوله لان عدالة المخبر فى المعاملات

لا يكذب البتة لمروءته (قوله وان كان أكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له أن يتعرض بشئ من ذلك) لان أكبر الرأى كاليقين قال عليه السلام لوابصة بن معبد ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فما حاك فى صدرك فدعه وان أفتاك الناس به وقال محمد رحمه الله فى الاصل وأكبر الرأى يجوز العمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يعتمد خبره اذا كان ثقة عنده أو كان فى أكبر رأيه انه صادق فيغشاها وكذلك لو دخل رجل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه مادر محه يشد نحوه فان صاحب المنزل يحكم رأيه فان كان أكبر رأيه انه لص قصد قتله وأخذ ماله وخاف انه ان صاح يبادره بالضرب فلا بأس بان يشد عليه بالسيف ويتعدى عليه قبل أن يغشى هو به وان كان

لان

لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لان اخباره حجة فى حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول دليل ملكه

غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان أكبر الرأى أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقى فى هذا المقام كلام وهو أن الذى ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة ولكن لا بد فى قبول قوله اذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقد مر فى أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بانه يقبل فى المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل فى الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هنالك لان ما اعتبر هنالك فى الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا فى المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ما ذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأى لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بأكبر الرأى على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل فى الديانات بأكبر الرأى اذا حصل بعد التحرى بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحرى فتأمل اه أقول جوابه ليس بشئ فان أكبر الرأى لا يمكن أن يتحقق بدون التحرى اذ التحرى طلب ما هو أحرى الامرين فى غالب الظن كما صرح به فى عامة كتب اللغة فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول أكبر الرأى فلا معنى لعدم اشتراط التحرى فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأى فيه وانما اعتبار أكبر الرأى فيه اعتبار التحرى بعينه وعن هذا وقع التعبير فى بيان هذه المسئلة بعينها فى المحيط البرهانى بلفظ التحرى بدل أكبر الرأى حيث قال فيه وان كان الذى فى يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى فى ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريها منه وان لم يكن له رأى يبقى ما كان على ما كان كما فى الديانات اه ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا قال المحقق التفتازانى فى التلويح ذكر فخر الاسلام فى موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل فى المعاملات من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير وقال فى التوجيه فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره فى الجامع الصغير فيشترط التحرى ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان اه وقد ذكرت فيما مر فى أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندى من بينها هو التوجيه الثانى لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة فى الديانات بدون التحرى والآن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين فى المقامين فى هذا الكتاب وغيره (قوله لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا يرى أن من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر

وقوله (لان أكبر الرأى يقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره انها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رأيه انه لص قصد قتله وأخذ ماله واذا كان أكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بذلك

أكبر رأيه انه هارب من اللصوص لا ينبغى له أن يعجل بقتله وان قتله وفى رأيه أنه لص ثم تبين انه رجل صالح القياس أن يقتص وفى الاستحسان عليه الدية وهى مسئلة كتاب الاكراه فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها بأكبر الرأى عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه وفيما دون ذلك أولى

وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيأ أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه وقوله (وان كان الذى أتاه بها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر

وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأى وان لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كتابه أم لا الا أن أكبر رأيها أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى ثم طلقنى وانقضت عدتى

رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رأيه انه هارب من لص لم يحل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين أى في كثير من الاحكام حتى يجب به شئ كالتوجه الى جهة التحرى ويحرم به شئ كالصلاة اذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأى دليلا شرعيا أيضا فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفروج والدماء وقال في الحاشية من قال في تفسير قوله يقام مقام اليقين يعنى فيما هو أعظم كالفروج والدماء فقد سها انتهى أقول نسبة السهو اليه في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما أف فان فيه النهى عن الضرب بالاولوية وليت شعرى ماذا يقول ذلك القائل في شان الامام الربانى محمد رحمه الله تعالى فانه أيضا قال في الاصل في هذا المقام وأكبر الرأى يجوز العمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك ماخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل باكبر الرأى عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب

(قوله لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل) أى في حق الناس كافة لان اليد دليل الملك شرعا والفاسق والعدل في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول له ويحل لمن رآه في يده أن يشهد له بالملك ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأى عند وجود دليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه وذلك كدرة مثلا في يد فقير لا يملك شيأ أو رأى كتابا في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فيظن كل واحد أنه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه أفضل (قوله وان كان الذى أتاه بها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فرأى آخر يبيعها (قوله لم يقبلها) أى اذا تركها عنده أو وهبها منه (قوله لقيام الحاجر) بالراء المهملة أى المانع لان يد المملوك ليس بمطلق للتصرف (قوله ولو أن امرأة أخبرها ثقة) الى قوله فلا بأس بان تعتد وتتزوج هذا في الاخبار وأما في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين حيث لا يقضى القاضى بالفرقة لانه قضاء على الغائب وفي التتمة اذا شهد اثنان أن فلان بن فلان طلق امرأته والزوج غائب لا تقبل وان شهدا عند المرأة حل لها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر وكذا اذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها انه صادق (قوله لان القاطع) أى للزوجية طار ولا منازع بخلاف

بيعها يعنى أن الآتى بالجارية اذا كان عبدا أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافى للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر) بالراء المهملة أى المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام أكبر رأى المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله (لان القاطع طارئ) فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب

(قال المصنف وان كان الذى أتاه بها عبدا الخ) أقول قوله عبدا خبر كان وأتاه بها صلة للذى والهاء في أتاه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى أتى بالجارية أو من الجارية التى أتى بالجارية والباء في بها باء التعدية فلا

فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فاعتقنى لان القاطع طار ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهى مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج باختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل أخذه من البائع وفي الوجه الثانى صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمى فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال (ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقى فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به) والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقى على هذا التفصيل لان النبى عليه السلام نهى عن تلقى الجلب وعن تلقى الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقى على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار

عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافى الملك وأما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما اذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقى الاشكال انتهى كلامه أقول بحثه ساقط جدا لان الذى تقرر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن

ما اذا أخبر ان أصل النكاح كان فاسدا واخواته لان المفسد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر فالحاصل انا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا الى الالزام وقبلناه في موضع المسالمة لعدمه (قوله وعلى هذا الحرف يدور الفرق) هو أن المفسد اذا كان طارئا يثبت بخبر الواحد العدل وان كان مقارنا فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان (قوله بخلاف ما تقدم) أراد قوله لو قالت جارية كنت أمة لفلان فاعتقنى (قوله ويكره الاحتكار) وهو حبس الطعام المشترى من فسطاط المسلمين أى مذهبهم متربصا للغلاء (قوله والمحتكر ملعون) قيل اللعن على نوعين أحدهما الطرد من رحمة الله تعالى وذلك لا يكون الا للكافر * والثانى الابعاد عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد ههنا لان عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة (قوله فان لبس فهو مكروه في الوجهين) أى سواء أضر باهل البلدة أو لم يضر لانه بتلبيس السعر غادر بهم (قوله وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبى حنيفة رحمه الله) وهو قول محمد رحمه الله أيضا وعليه الفتوى (قوله

الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقى واضح قال (واذا باع المسلم خمرا الخ) كلامه واضح وروى عن محمد رحمه الله أنه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضى فان كان بقضاء القاضى بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه وقوله (ويكره الاحتكار) الاحتكار افتعال من حكر أى حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء وقوله (فان لبس فهو مكروه في الوجهين) يعنى في الاضرار وعدمه

وان كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا أما يأثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال أبو يوسف يكره لاطلاق ما رويناه وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا) بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله (يرى الحجر لدفع ضرر عام) يعني كالطبيب الجاهل والمكارى المفلس وقوله

زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هنالك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هنالك زوال الملك الثابت بدليل موجب لا زواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هنالك في الظاهر فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين

وبرئ الله تعالى منه) أي خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة (قوله فالحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة) هذا اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس أما اذا لم يكن شئ من ذلك فهو محمود لان الكاسب صديق الله (قوله الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين) والبيان في قوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا نصف ما يباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين (قوله فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره) وفي الجامع الصغير فان رفع اليه مرة أخرى وعظه وجزره فان رفع اليه مرة ثالثة فحينئذ حبسه (قوله وكذا عندهما لانه حجر على قوم مجهولين) فلا يصح الا أن يكون على قوم بأعيانهم

قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي أن يكريه لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية

قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة ولو احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شئ منها من أحد من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز وقال في المحيط والذخيرة لانه

(وليس الشرب من ضرورات الحمل) لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية

(قوله ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية) قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل ولا الحمل من ضرورات الشرب لان الحمل قد يوجد للاراقة والصب في الخل ليتخلل فلم تكن المعصية من لوازم الحمل بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم توجب كراهة الحمل فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو لقطعه وهذا قياس وقولهما استحسان (قوله ولا يقصد به) أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمي بل مقصوده تحصيل الاجرة وقال محمد رحمه الله في الاصل لو آجر المسلم دارا من ذمي ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب لم يلحق المسلم اثم بشئ من ذلك لان المعصية في قصد المستأجر دون رب الدار فلا اثم عليه وذكر الامام السرخسي رحمه الله في باب الاجارة الفاسدة وهو من باع جارية ممن لا يستبرئها أو يأتيها في غير المأتى لم يلحق البائع اثم بشئ من فعل المشتري وكذا قال فيمن باع غلاما من فاسق يقصد الفاحشة به ولو كان مستأجر الدار مسلما فظهر منه فسق في الدار وكان يجمع الناس على الشرب فيها منعه رب الدار على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرجه منها مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من ذلك أرأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع بما ظهر منه لا سبيل له الى ذلك فكذا الاجارة كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي

استاجرها ليصلي فيها وصلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استاجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي تجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استاجر رجلا للاذان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها أنه اذا استاجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عنده مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا أن لجعل منفعته حين العقد لاجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتامل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استاجر الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا باس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤاجرها لها انما آجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو آجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد بهذا اذا استاجرها الذمي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم جميعا وليس فليس وذكر أحد القولين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا نرى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بانه لا باس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فان في المسئلة المذكورة صورا ايجار البيت لان يتخذ فيه بيت نار وايجاره لان يتخذ فيه كنيسة وايجاره لان يتخذ فيه بيعة وايجاره لان يباع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه قطعا فقطع نسبته عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه

قال

قال (ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا باس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام ألا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكانما أكل الربا ولان أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك) لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ما شاء حالا فالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله أعلم

فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامر بين فحينئذ لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا ضير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقالا لا باس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن عقار مكة عرضة للتمليك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور وكان عقيل ورث أبا طالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ألا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضي موقوفة والابنية عليها مملوكة انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الارض أيضا قطعا اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور ما ترك لنا شيأ من البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيأ من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل لا مجال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول

(قوله وقالا لا باس ببيع أرضها أيضا) وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها بالتوارث بيعها وقسمتها في المواريث من الصدر الاول الى يومنا هذا من غير نكير يؤيده ما روي أن عليا رضي الله عنه لما دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى النزول في داره قال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار يعني استولى عليها بملكها فدل على أن عقار مكة عرضة للتملك (قوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا) ومعنى المسئلة أن رجلا فقيرا له درهم يخاف لو كان في يده يهلك أو

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند الوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خارجا مخرج الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء وأما اذا وضعه ولم يشترط شيأ فهو وديعة ان هلك لم يضمن البقال شيأ

(مسائل متفرقة)

قال (ويكره التعشير والنقط فى المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفى التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا باس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا باس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعى يكره ذلك وقال مالك يكره فى كل مسجد للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك

أسامة يا رسول الله انزل فى دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا باسة لانه على الابنية وحدها لا يقتضى عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول فى عرصتداره أيضا وهذا مع وضوحه كيف خفى على ذلك البعض والعجب أنه قال فى حاشية كتابه فى هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا فى القاموس انتهى وقال فى أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضى ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبى صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور والله الهادى الى سواء السبيل وهو حسبى ونعم الوكيل

(مسائل متفرقة)

(قوله ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعنى فى فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ماذكره فى فصل القراءة من الصلاة لا صريحا ولا التزاما بل انما ذكره فى آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة فى فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة فى حل دلالة الآية على مدعى الشافعى خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهى عن الدخول خاص فى حقه لان انما لحصر الحكم فى الشئ أو لحصر الشئ فى الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب اه أقول ان قوله لان انما لحصر الحكم فى الشئ أو لحصر الشئ فى الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف فى أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا لا فى أنهم نجس أم لا وكلمة انما فى الآية المذكورة انما هى فى قوله تعالى انما المشركون نجس لا فى قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتاثير الحصر الذى تفيده كلمة انما هو فى الجملة التى دخلت عليها كلمة انما لا فى الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد) أقول لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيأ من المساجد ومذهب الشافعى أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما

يصرف الى حاجته لكن حاجته الى المعاملة مع البقال أمس من غيرها كما فى شراء التوابل الملح والكبريت وليس له فلوس حتى يشترى بها ما سنحت له من الحاجة كل ساعة فيعطى الدرهم البقال لان يأخذ منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحسابه جزأ فجزأ حتى يستوفى ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل راجع الى أن يكون قرضا فيه جر نفع وهو مكروه وينبغى أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شئ على الآخذ والله أعلم بالصواب

(مسائل متفرقة)

والتعليل

(مسائل متفرقة) التعشير جعل العواشر فى المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف فى تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شئ من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤتمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى فصل القراءة من الصلاة

والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى أن النبى عليه السلام أنزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار ولان الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية قال (ويكره استخدام الخصيان) لان الرغبة فى استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال (ولا باس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل) لان فى الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صح أن النبى عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا باس بعيادة اليهودى والنصرانى) لانه نوع بر فى حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبى عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه أسألك بمعقد

لا يخفى (قوله ولان الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم فى مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك فى صحة أن يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان فى اعتقادهم لا يؤدى الى تلويث المسجد فلا يكون فى دخولهم المسجد باس لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى لا ينافى أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبى عليه السلام وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم فى مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شئ وانما أنجاسهم على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة للفائدتين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل فى مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ما عرف فى علم الاصول فاجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الى آخره (قوله ويكره استخدام الخصيان) قال العينى والخصيان بضم الخاء جمع

(قوله ويكره التعشير) وهو جعل العواشر قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فان مشايخنا رحمهم الله لم يروا به باسا لان العجم لا يمكنهم التعليم والتلاوة الا بالنقط وعلى هذا كتبة أسامى السور وعدد الآى فهو وان كان احداثا فهو بدعة حسنة وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله (قوله جردوا القرآن) أى ما يكتب فيه القرآن ويؤيده الرواية الثانية (قوله والتعليل بالنجاسة عام) يعنى علل بان المشرك انما يجنب عن المسجد الحرام لكونه نجسا فلا تفصيل بين مسجد ومسجد (قوله فلا يؤدى الى تلويث المسجد) فان قيل الجنب ممنوع عن دخول المسجد الحرام وان لم يؤد الى التلويث قلنا لان أعضاءه نجسة وادخال النجاسة فى المسجد لا يجوز أما الكافر فاعضاؤه طاهرة من النجاسة ولهذا لا يجب عليه الغسل بالاسلام (قوله وهو مثلة محرمة) قال عمر رضى الله عنه لا تمثلوا بنامية الله أى بخلق الله ولا باس بثقب أذن الطفل من البنات ذكره فى الخلاصة (قوله ولا باس باخصاء البهائم) والصواب بخصاء البهائم (قوله ولا باس بعيادة اليهودى والنصرانى) قيد بهما لان فى عيادة المجوس اختلافا (قوله النبى عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره) وقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى أبيه اليهودى فقال له أبوه أجبه فاجابه بشهادة ان لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ثم مات وقال عليه السلام الحمد لله الذى أنقذه من نسمة النار وأما عيادة المجوس منهم من قال لا باس به لما قلنا وقال بعضهم لا يجوز ذلك لان المجوس أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ولهذا لا تحل ذبيحة المجوس ونكاحهم واختلفوا فى عيادة الفاسق أيضا والاصح انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وفى النوادر جار يهودى أو مجوسى فمات ابن له أو قريب ينبغى أن يعزيه ويقول أخلف الله عليك خيرا منه أو أصلحك فكان معناه أصلحك الله بالاسلام يعنى رزقك الاسلام ورزقك ولدا مسلما

وقوله (ولا باس بعيادة اليهود والنصارى) قيد بهما لان فى عيادة المجوس اختلافا بين المشايخ رحمهم الله فمنهم من قال لا باس به لانهم من أهل الذمة وهو المروى عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا فى عيادة الفاسق والاصح أنه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح

(قال المصنف ولان الكافر لا يخلو عن جنابة) أقول هذا لا يخص المسجد الحرام (قال المصنف والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول أى على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الاسلام مستعلين وأيضا النهى تكوينى لا تكليفى

العزمن عرشك) وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولاريب فى كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبى عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم انى أسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لاحق للمخلوق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو) لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكى عن الشافعى رحمه الله لنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده فى دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفى القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبى أسيد وكان عبدا ولان فى هذه الاشياء ضرورة لايجد التاجر بدا منها ومن ملك شيأ ملك ماهو من ضروراته ولا ضرورة فى الكسوة واهداء الدراهم فبقى على أصل القياس

خصى كالثنيان جمع ثنى وتبعه بعض المتاخرين أقول ماذكراه ليس بصحيح فان المضبوط فى عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصى هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال فى مختار الصحاح والرجل خصى والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصى فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتاخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشئ حادث لايوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقها بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لايستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لايوجب عدم قدرته أو نقصانا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لامبادلها فالاولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا فى حيز الايهام فتامل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافى وان جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا فى حيز الايهام الا أنه علل ايهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافى أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف فى ورود ماذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافى وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافى

(قوله لانه يوهم تعلق عزه بالعرش) فتوهم ان عزه حادث (قوله والاربعة عشر) قيل شئ يستعمله اليهود (قوله وتكره كسوته الثوب) أى تمليكه (قوله ولان فى هذه الاشياء ضرورة لايجد التاجر بدا منها) لان من فتح دكانا للتجارة يجتمع عنده جمع من الناس فلا يخلو من أن يطلب أحد منهم شربة ماء أو نحوه فلو امتنع ينسب الى البخل فلا يختلفون اليه فينسد باب التجارة فصار هذا من ضروراته ومن ملك شيأ ملك ماهو من ضروراته

(قوله لهو المؤمن باطل الا الثلاث) كذا بالاصل والمحفوظ الا فى ثلاث اهـ مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو) أقول ولذلك لم يعزر لو قال يا مقامر لان أبا يوسف قال فى رواية لا بأس باللعب بالشطرنج كذا فى المحيط السرخسى فى باب التعزير وفى صحة التعليل كلام لايخفى

قال

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له الخ) ذكر فى النهاية أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها انسان هبة فقبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه فى فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله واموال القنية مايكون للنسل لا للتجارة وقوله (واجارة الصغار) فى أكثر النسخ وهو رواية القدورى رحمه الله وفى بعضها واجارة الاظآر وكلامه واضح وقوله (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) هذا يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية القدورى كما مر والثانى على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعنى وان كان فى

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لايملكه الا من هو ولى كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولى هو الذى قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء مالابد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان فى حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولى أولى به الا أنه لايشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره ونوع ثالث ماهو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبى بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبى فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ويجوز للام أن تؤاجر ابنها اذا كان فى حجرها ولا يجوز للعم) لان الام تملك اتلاف منافعه

لتعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لاشئ يصلح لان يكون علة له سواه وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة فى الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال فى المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف فى هذا الدعاء فانه يكره أيضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به اهـ الى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام فى هذا المقام ثم أقول فى الجواب عما أورده ذلك البعض الظاهر أن ماهو بواعنه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد تقرر فى علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو فى التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان فى ذلك أصلا بل هو كمال محض لايخفى فكذا الحال فى صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هو بواعنه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يوهمه كلمة من فى قوله بمعقد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها فى بادئ الرأى أن تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معانى من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور فى عزه تعالى ولا فى صفة من صفاته تعالى أصلا وكيف لايكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لاينبغى أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر فى علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق افاضة ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب (قوله قال ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال فى النهاية اعلم أن قوله لا أب له

(قوله ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) فى النهاية اعلم ان قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج وهى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت وقبض لها أبوها أو زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها لقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه فى فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله القنية أصل مال للنسل لا للتجارة (قوله واجارة الصغار) فان قيل ذكر بعد هذا بخطوط ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره فلنا معنى قوله واجارة الصغار تسليمهم فى الصناعة ولهذا عده من نوع الضرورة أو لان فيه روايتين وبعضهم غير والى قوله واجارة الاظآر والاول الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة الكاكى أو نقول المراد بقوله واجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس مالابد للصغار منه انتهى وقدمر أنه يجوز فى كتاب اللقيط (قوله فالاول على رواية القدورى كما مر) أقول فى كتاب اللقيط

(قال المصنف ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) أقول ذكر المصنف فى باب اللقيط أن هذه الرواية هى الاصح وقال أكمل الدين يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب

بجزه وقوله (ولو آجر الصبي نفسه لايجوز) قال في النهاية أي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية) راية الغلام غل يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها انه آبق قال في النهاية وأما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق أما في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله (يريد به التداوي) احتراز

باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو آجر الصبي نفسه لايجوز) لانه مشوب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالاحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لانه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال (ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي) لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل

اعمالو أراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته أي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال

ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها انسان وقبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت أن عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطبقت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير أن صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الاب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لا أن عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له أي لا أب له معروف لا أن لا يكون أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه أهله في الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من

أصح لانه موافق لرواية الجامع الصغير للامام المختار في لفظ فخر الاسلام البزدوي رحمه الله (قوله ولو آجر الصبي نفسه لايجوز) أي لا يلزم (قوله ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) بالراء المهملة هي غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها أنه آبق وأما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق وأما في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله (قوله ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي) قيد به لانه لو أراد به التسمين لا يباح له (قوله وقد ورد باباحته الحديث) أي باباحة التداوي وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم رضي الله عنها وهزي اليك بجذع النخلة والله تعالى قادر على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي رحمهما الله تعالى (قوله الا أنه لا ينبغي ان يستعمل المحرم) وفي التهذيب

(قوله فالاول احترازعما لو أراد به التسمين فانه لا يباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لانه أمارة المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد ههنا ارادة مجرد السمن بلا قصد التداوي وفيما سبق ليس كذلك

المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضي) لانه عليه السلام بعث عتاب ابن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي

أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضا بصحيح فان مداره الغفول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه اذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كانت صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا أب له في مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بان يكون المراد لا أب له معروف لا أن لا يكون له أب في الحياة لانه ان كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا أب له معروف أصلا أي لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بان ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر

يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي اذا أخبره طبيب مسلم ان شفاءه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوي فيه وجهان كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وذكر في الذخيرة وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله بان الاستشفاء بالحرام حرام فهو غير مجرى على اطلاقه وان الاستشفاء بالمحرم انما لا يجوز اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه حينئذ يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال (قوله بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له) أي فرض أربعين أوقية في السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا انه عليه السلام من أي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما رزقه من الفيء مما أفاء الله وقيل من المال الذي أخذ من نصارى بني نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر وعن أبي بكر رضي الله عنه انه كان يأخذ كل يوم درهما وثلثي درهم وعن عمر رضي الله عنه انه كان يأخذ كفايته قال الصدر الشهيد رحمه الله وان استعف فيتنزه كان أفضل قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والآية وان كان نزولها في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم فثبت ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة فقد روي عن عثمان رضي الله عنه انه احتسب ولم يأخذ شيئا هذا كله فيما اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق وأما اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل أخذه لان سبيل الحرام والغصب رده على أهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين (قوله وهذا فيما يكون كفاية) يعني اذا أخذ القاضي رزقه على وجه الكفاية بان

قال (ولا بأس برزق القاضي الخ) اذا قلد السلطان رجلا القضاء لا بأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم من أي مال رزقه ولم تكن يومئذ للدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما رزقه من الفيء وقيل من المال الذي أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس

زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف فى نفقة المرأة اذا ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال (ولا باس بان تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لان الاجانب فى حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ماذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما فى المولود من أمته فالحق عندى أن قوله لا أب له قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر فانه لا يجوز لمن كان فى يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة علك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا علكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة اه اذلا شك أن الملتقط داخل فى كلمة قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لا علك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده وعوله كما لا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

تقلد القضاء ابتداء من غير شرط ثم رزقه الوالى كفاية لاحتباسه بالقضاء عن الكسب أما اذا أخذ على الشرط بان قال فى ابتداء القضاء انما أقبل القضاء ان رزقنى الوالى كذا فى كل شهر أو فى كل سنة بمقابلة قضائى بين الناس والا فلا أقبل فهو باطل لانه استئجار على الطاعة فلا يجوز (قوله ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها) قيل هو على اختلاف معروف يعنى لا يجب الرد على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ويجب الرد على قول محمد رحمه الله وقاسوها على نفقة الزوجة اذا استعجلت فمات أحدهما قبل مضى السنة لم يرجع عندهما خلافا لمحمد رحمه الله والصحيح انه يجب الرد (قوله ولا باس أن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) وفى الينبيع كانت هذه الاباحة فى الابتداء اما الآن فيكره هولهما أيضا والله أعلم

هجر وقوله (على اختلاف معروف فى نفقة المرأة) يعنى على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقى من السنة وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة ثم مات الزوج فى نصف السنة ردت نفقة ما بقى عند محمد خلافا لابى يوسف وقوله (ولا باس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان فى الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) اشارة الى ماذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما فى المحارم

(تم الجزء الثامن من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضى زاده أفندى مع الكفاية ويليه الجزء التاسع أوله كتاب احياء الموات)

ا

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضى زاده أفندى)

صحيفة		صحيفة	
٢	(كتاب الاجارات)	٢٤٣	(كتاب الغصب)
١٠	باب الاجر متى يستحق	٢٥٩	فصل فيما يتغير بعمل الغاصب
٢٢	فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة الخ	٢٧٢	فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ
	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها	٢٨٤	فصل فى غصب ما لا يتقوم
٢٤	باب الاجارة الفاسدة	٢٩٣	(كتاب الشفعة)
٦١	باب ضمان الاجير	٣٠٧	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٧٠	باب الاجارة على أحد الشرطين	٣١٤	فصل فى مسائل الاختلاف
٧٦	باب اجارة العبد	٣١٨	فصل فيما يؤخذ به المشفوع
٨١	باب الاختلاف فى الاجارة	٣٢٢	فصل واذا بنى المشترى فيها أو غرس الخ
٨٣	باب فسخ الاجارة	٣٢٦	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٨٨	مسائل منثورة	٣٣٥	باب ما يبطل به الشفعة
٩١	(كتاب المكاتب)	٣٤٢	فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها الخ
٩٩	فصل فى الكتابة الفاسدة	٣٤٤	مسائل متفرقة
١٠٨	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٣٤٧	كتاب القسمة
١١٦	فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ	٣٥٧	فصل فيما يقسم وما لا يقسم
١٢١	فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى الخ	٣٦٢	فصل فى كيفية القسمة
١٢٩	باب من يكاتب عن العبد	٣٧٠	باب دعوى الغلط فى القسمة الخ
١٣٢	باب كتابة العبد المشترك	٣٧٣	فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه
١٤١	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٣٧٧	فصل فى المهاياة
١٥٢	(كتاب الولاء)	٣٨٤	كتاب المزارعة
١٦١	فصل فى ولاء الموالاة	٣٩٦	كتاب المساقاة
١٦٥	(كتاب الاكراه)	٤٠٥	كتاب الذبائح
١٧٢	فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ	٤١٧	فصل فيما يحل أكله وما لا يحل
١٨٥	(كتاب الحجر)	٤٢٣	كتاب الاضحية
١٩١	باب الحجر للفساد	٤٣٩	كتاب الكراهية
٢٠١	فصل فى حد البلوغ	٤٤٠	فصل فى الاكل والشرب
٢٠٢	باب الحجر بسبب الدين	٤٥٢	فصل فى اللبس
٢١٠	(كتاب المأذون)	٤٥٩	فصل فى الوطء والنظر واللمس
٢٣٩	فصل واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة الخ	٤٧٤	فصل فى الاستبراء وغيره
		٤٨٦	فصل فى البيع
		٤٩٦	مسائل متفرقة

(تمت)